Allgemeine Einkaufs- und Bestellbedingungen in der metallverarbeitenden Industrie

Rechtstatsächlicher Befund und normative Wertung

Jörg Hanisch

1981

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547028_0064

ALLGEMEINE EINKAUFS- UND BESTELLBEDINGUNGEN IN DER METALLVERARBEITENDEN INDUSTRIE

Rechtstatsächlicher Befund und normative Wertung

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
JÖRG HANISCH
1981

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erstberichterstatter: Professor Dr. Peter Schlosser
Zweitberichterstatter: Professor Dr. Walter Löwe
Tag der mündlichen Prüfung: 16. Juli 1981

Meiner Frau

INHALTSVERZEICHNIS

Gliederung Seite I

Literaturverzeichnis Seite VII

Abkürzungen Seite XXV

Lebenslauf Seite 220

G L I E D E R U N G

Einführung Seite 1

I. Kapitel

Lieferzeit und Verzögerung Seite 8

1 Verbindlichkeit des Lieferzeitpunkts Seite 8

2 Bestimmung des Lieferzeitpunkts Seite 10

3 Vorzeitige Lieferung Seite 15

4 Beginn von Lieferzeiten Seite 17

5 Rechtzeitigkeitsvoraussetzungen Seite 18

6 Nichteinhaltung von Lieferzeiten Seite 21

a) Gesetzliche Regelung Seite 21

b) Nachfristsetzung und Ablehnungsandrohung Seite 24

c) Verzug ohne Mahnung Seite 28

d) Verzug ohne Vertretenmüssen Seite 32

7 Höhere Gewalt und sonstige Störungen Seite 45

a) Höhere Gewalt im Bereich des Lieferanten Seite 48

aa) Rechte zugunsten des Lieferanten Seite 48

bb) Rechte zugunsten beider Vertragspartner Seite 49

cc) Rechte zugunsten des Bestellers Seite 51

b) Höhere Gewalt im Bereich des Bestellers Seite 53

aa) Rechte zugunsten des Lieferanten Seite 53

bb) Rechte zugunsten beider Vertragspartner Seite 53

cc) Rechte zugunsten des Bestellers Seite 56

8 Vertragsstrafen Seite 67

9 Pauschalierter Schadensersatz Seite 71

II. Kapitel

Preis, Lieferung und Zahlung	Seite	73
1 Festpreise	Seite	73
2 Preisermäßigung	Seite	75
3 Änderungen	Seite	77
4 Leistungsinhalt	Seite	78
5 Nachbestellungen	Seite	81
6 Sicherung der Versorgung	Seite	82
7 Zahlungsbedingungen	Seite	86
a) Beginn des Laufs von Zahlungsfristen	Seite	87
b) Skontofristen	Seite	89
c) Sonderfälle des Skontoabzugs	Seite	90
8 Zahlungsmittel	Seite	92
9 Wechselkosten	Seite	94
10 Nachnahme	Seite	96
11 Aufrechnung	Seite	96
12 Konzernverrechnung	Seite	97
13 Sicherheiten für Konzernunternehmen	Seite	100
14 Abtretungsverbot	Seite	101

III. Kapitel

Gewährleistung und Haftung Seite 105

1 Erleichterte Geltendmachung von Ansprüchen Seite 106

a) §§ 377, 378 HGB Seite 106

aa) Ausschluß der unverzüglichen Mängelrüge Seite 106

bb) Ausschluß der Untersuchungspflicht Seite 108

cc) Verlängerung der Frist zur Mängelrüge Seite 108

b) Gewährleistungsfristen Seite 112

c) Verjährungsfristen Seite 117

d) Hemmung und Unterbrechung von Fristen Seite 118

e) Erleichterte Fehlerfeststellung Seite 124

2 Gewährleistung Seite 129

a) Garantie des gesetzlichen Gewährleistungsumfangs Seite 129

b) Nachbesserung und Ersatzlieferung Seite 130

c) Wahlrechte Seite 131

d) Selbsthilfe Seite 132

3 Schadensersatz Seite 136

a) Gesetzliche Haftung Seite 137

b) Ausdehnung der Zusicherung von Eigenschaften Seite 138

c) Erweiterte Garantiehaftung Seite 143

d) Haftung ohne Verschulden Seite 145

4 Produkthaftung Seite 149

a) Allgemeine Regelungen Seite 149

b) Qualitätskontrolle Seite 155

5 Versicherung Seite 161

6 Schutzrechte Seite 163

a) Überblick Seite 163

b) Mittelbare Patentverletzung Seite 167

c) § 439 Abs. 1 BGB Seite 169

d) Ausländische Schutzrechte Seite 171

IV. Kapitel

Weitere Einzelklauseln Seite 177

1 Eigentumsvorbehalt Seite 177

a) Eigentumsvorbehalt des Lieferanten Seite 177

b) Eigentumsvorbehalt des Bestellers Seite 180

2 Hilfsmittel Seite 190

3 Datenschutz Seite 195

4 Gerichtsstand Seite 200

5 Erfüllungsort Seite 200

6 Geheimhaltung Seite 201

7 Werbung Seite 202

8 Warenursprung Seite 203

Schlußbetrachtung Seite 207

Anhang Seite 209

Literaturverzeichnis

Adler/Düring/Schmaltz	Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft Band 1, 4. Aufl. Stuttgart 1968
Anhalt	Produzentenhaftung - Rechtsgrundlagen, Haftungsrisiken, Absicherungsmöglichkeiten 2. Aufl. Kissing 1978
Arbeitskreis Kuczewski der Schmalenbach-Gesellschaft	Allgemeine Einkaufsbedingungen für die Deutsche Industrie Köln und Opladen 1964
Auernhammer	BDSG - Bundesdatenschutzgesetz Kommentar Köln 1977
Bartl	Anmerkung zum Urteil des LG Darmstadt vom 23.4.1974 - 14 O 40/73 BB 1974, 1502
Baumbach-Duden	HGB, 23. Aufl. München 1978
Baumbach-Hefermehl	Wechselgesetz und Scheckgesetz Kurzkommentar 12. Aufl. München 1978
Baur	Erfordert das Kraftfahrzeug als wertvolles Wirtschaftsgut besondere Bestimmungen über Erwerb und Veräußerung? DAR 1962, 321
Beise	Gewährleistungsverschiebung und AGB-Gesetz DB 1978, 286
Benkard	Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz Kurzkommentar 6. Aufl. München 1973

Bette	Der Schuldner kann sich aussuchen, wem er die Zahlung zukommen läßt Handelsblatt 18./19.5.1979, 14
Beuthien	Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis Tübingen 1969
ders.	Pauschalierter Schadensersatz und Vertragsstrafe in Festschrift für Larenz, 1973, 495
Bischoff	Rechtsfragen um den Skontoabzug bei der Sachentschädigung VersR 1962, 293
Blaurock	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 7.6.1978 - VIII ZR 80/77 NJW 1978, 1974
Böckstiegel (Hrsg.)	Die Produkthaftung in der Luft- und Raumfahrt Köln, Bonn, Berlin, München 1978
Börner	Die Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten NJW 1961, 1505
Brendel	Qualitätsrecht Berlin 1976
Brüggemann u.a.	Handelsgesetzbuch Großkommentar 3. Aufl. Dritter Band 1. Halbband, §§ 343-351 Berlin, New York 1978 Vierter Band, §§ 373-382 Berlin 1970

von Brunn	Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft 2. Aufl. Köln und Berlin 1956
Brych	Die Konzernverrechnungsklausel, ein Skontrationsvertrag Diss. Saarbrücken 1969
Bundeskartellamt	Bericht des Bundeskartellamts über seine Tätigkeit in den Jahren 1966/1974/1975 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet 1966 BT-Drucksache V/1950 1974 BT-Drucksache 7/3791 1975 BT-Drucksache 7/5390
Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.	Entschließung des Rechtsausschusses zum Problem "Einkaufsbedingungen und Lieferbedingungen" Mitteilungen 7/64 BB 1964, 853
ders.	Verlautbarung "Zur Ausgestaltung etwaiger Allgemeiner Einkaufsbedingungen von Unternehmen", März 1969 abgedruckt in Eberstein, Die zweckmäßige Ausgestaltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen Heidelberg 1974, 80
ders.	Ergebnisbericht des Arbeitskreises Zulieferfragen "Grundsätze des Leistungswettbewerbs im Zulieferwesen" vom 26.7.1979 WuW 1979, 660
Diederichsen	Wohin treibt die Produzentenhaftung? NJW 1978, 1281

Dietlein	Neue Rechtsmaßstäbe für Allgemeine Geschäftsbedingungen? NJW 1974, 969
Dietlein/Rebmann	AGB aktuell Erläuterungen zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Köln 1976
Diezemann	Ausgestaltung der Gewährleistungsrechte der deutschen Wirtschaft unter besonderer Bedeutung der Lieferbedingungen der Maschinenindustrie Diss. Würzburg 1973
Dittmann/Stahl	Allgemeine Geschäftsbedingungen Kommentar Wiesbaden und Berlin 1977
Dohnau	Arbeitskampf und Lieferverträge Diss. Köln 1967
Dunz-Kraus	Haftung für schädliche Ware 1969
Eberstein	Die zweckmäßige Ausgestaltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen Heidelberg 1974
Ehling	Zivilrechtliche Probleme der vertraglichen Ausgestaltung des Inland-Factoring-Geschäfts in Deutschland Berlin 1977
Eimer	Verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung des Werkunternehmers bei Fehlen zugesicherter Eigenschaften NJW 1973, 590

Emmerich	Inhalt des Schuldverhältnisses-Leistungsstörungen, in: Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts Frankfurt (Main) 1972, 283 ff.
ders.	Die Problematik Allgemeiner Geschäftsbedingungen JuS 1972, 361
ders.	Das Recht der Leistungsstörungen München 1978
Enneccerus-Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse 15. Bearbeitung Tübingen 1958
Erman	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 6. Aufl. Münster 1975
Esser, Hubert	Gleichheitssatz und Einzelvertrag Diss. Köln 1965
Esser, Josef	Arbeitskampf und Vertragstreue JZ 1963, 489
Esser-Schmidt	Schuldrecht Band I Allgemeiner Teil Teilband 1 5. Aufl. Karlsruhe 1975
Esser-Weyers	Schuldrecht Band II Besonderer Teil Teilband 1 5. Aufl. Karlsruhe 1977
Ferid	Das Französische Zivilrecht Erster Band Frankfurt/Main, Berlin 1971

Fikentscher	Schuldrecht 5. Aufl. Berlin, New York 1975
Flume	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II. Band, Das Rechtsgeschäft 3. Aufl. Berlin, Heidelberg, New York 1979
Franke	Qualitätssicherung von Zulieferungen Grafenau 1978
Froehlich	Allgemeine Einkaufsbedingungen für die Deutsche Industrie BB 1965, 887
Garthe/Kullmann/Pfister/ Seelig	Produzentenhaftung Berlin 1980
Glashoff/Hofmann	Risiken des Exporteurs bei der Ausstellung zollrechtlicher Ursprungsnachweise RIW/AWD 1978, 174
Götz	Sachmängelbeseitigung beim Kauf, Recht und Pflicht der Nachbesserung Bielefeld 1960
Gotschlich	Bindungswirkung von Präferenznachweisen RIW/AWD 1977, 624
Gutachterausschuß für Allgemeine Geschäftsbedingungen	Gutachten zu Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen im kaufmännischen Geschäftsverkehr 1/1974-8/1975 Bergisch-Gladbach 1976
ders.	Gutachten zu Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen im kaufmännischen Geschäftsverkehr 1/1976-6/1978 Bergisch-Gladbach 1979

Hase	Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Metall- und Maschinenindustrie Leipzig 1938
Haus	Vereinbarung von Geschäftsbedingungen zwischen den beteiligten Interessengruppen Bonn 1936
Heidland	Die Praxis der Verkaufs- und Einkaufsbedingungen Stuttgart 1929
Heinze	Inhaltskontrolle Allgemeiner Einkaufsbedingungen NJW 1973, 2182
Heiseke	Nochmals: Gewährleistung und Garantie und deren Fristen beim Kauf NJW 1967, 238
Hesse	Ersatz unnötiger Nachbesserungskosten (§ 633 Abs. 3 BGB, § 13 Ziff. 5, Abs. 2 VOB/B) BauR 1972, 197
Hildebrandt	Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen AcP 143, 326
Hohn	Unternehmerhaftung gegenüber Geschäftspartnern bei Arbeitskämpfen DB 1965, 501
Honsell	Der Verzicht auf die Einrede der Verjährung VersR 1975, 104
Hueck, Götz	Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht München und Berlin 1958

Hueck-Nipperdey-Säcker	Lehrbuch des Arbeitsrechts Zweiter Band, Zweiter Halbband (II/2) 7. Aufl. Berlin und Frankfurt 1970
Isele	Geldschuld und bargeldloser Zahlungsverkehr AcP 129, 129
Jacobi	Wechsel- und Scheckrecht Berlin 1956
Jaeger	Konkursordnung 1. Band 8. Aufl. Berlin 1958
Jauernig	Bürgerliches Gesetzbuch mit Erläuterungen München 1979
Kemper/Strohbach/Wagner	Die Allgemeinen Lieferbedingungen des RGW 1968 in der Spruchpraxis sozialistischer Außenhandelsschiedsgerichte Kommentar Berlin 1975
Kliege	Rechtsprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in wirtschaftswissenschaftlicher Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Freizeichnungsklauseln Göttingen 1966
Klinger	Die Problematik der Einheitsbedingungen der Industrie DB 1964, 1633
Koch/Stübing	Allgemeine Geschäftsbedingungen Kommentar Neuwied und Darmstadt 1977

Köhler — Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht
Heidelberg 1979

Kötz — Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen?
in "Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages"
Band I (Gutachten)
München 1974, A 1-A 100

Kullmann — Produzentenhaftung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes
BB 1976, 1085

Lambsdorff — Handbuch des Eigentumsvorbehalts im deutschen und ausländischen Recht
Frankfurt 1974

Larenz — Lehrbuch des Schuldrechts

I. Band Allgemeiner Teil
12. Aufl. München 1979

II. Band Besonderer Teil
11. Aufl. München 1977

Lemppenau — Die Haftung des Zuliefer-Unternehmens nach den Grundsätzen der Produzentenhaftung
DB 1980, 1679

Leser — Der Rücktritt vom Vertrag
Tübingen 1975

Lindacher — Phänomenologie der "Vertragsstrafe"
1972

Lindenmaier	Das Patentgesetz 6. Aufl. Köln, Berlin, Bonn, München 1973
Löwe/Graf von Westphalen/ Trinkner	Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäfts- bedingungen Heidelberg 1977
Löwisch	Arbeitskampf und Vertragserfüllung AcP 174, 202
ders.	Arbeitskampfklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen BB 1974, 1493
Lopau	Anmerkung zum Urteil des AG Gießen vom 27.5.1975 - 44 C 812/74 NJW 1975, 1929
Lukes	Reform der Produkthaftung Köln, Berlin, Bonn, München 1979
Malzer	Über die Verpflichtung zur Ver- schaffung des verkauften Gegenstands frei von Patentrechten Dritter GRUR 1973, 620
Medicus	Bürgerliches Recht 8. Aufl. Köln 1978
Meeske	Die Mängelrüge Heidelberg 1965
Mertens/Rehbinder	Internationales Kaufrecht Kommentar zu den Einheitlichen Kaufgesetzen Frankfurt (Main) 1975
Mittmann	Zulässigkeit und Rechtswirkungen der Konzernklausel NJW 1973, 1108

Monopolkommission — Sondergutachten "Mißbrauch, Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen" Baden-Baden 1977

Mroch — Zum Kampf gegen unlautere Geschäftsbedingungen Karlsruhe 1960

Müllereisert — Allgemeine Lieferbedingungen der Industrie, des Handwerks und der öffentlichen Hand Berlin 1932

Müller/Scholz/Schreven — Einkaufsbedingungen auf dem Prüfstand Band 1: Automobil-Industrie Köln 1979

Münchener Kommentar — zum Bürgerlichen Gesetzbuch Herausgegeben von Rebmann und Säcker

Band 1: Allgemeiner Teil (§§ 1-240) AGB-Gesetz München 1978

Band 2: Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241-432) München 1979

Ordemann-Schomerus — Bundesdatenschutzgesetz mit Erläuterungen 2. Aufl. München 1978

Palandt — Bürgerliches Gesetzbuch 39. Aufl. München 1980

Pfeiffer-Franken — Die Rechtsgültigkeit von Konzernverrechnungsklauseln NJW 1960, 1977

Der kritische Punkt bei der Produzentenhaftung Blick durch die Wirtschaft 27.8.1979, 4

Raiser	Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bad Homburg v.d.H. 1935 unveränderter Nachdruck 1961
Rehbinder	Das Kaufrecht in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Wirtschaft 1. Aufl. Berlin 1970 2. Aufl. Berlin 1979
Reithmann	Internationales Vertragsrecht 2. Aufl. Köln 1972
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des RG und des BGH Kommentar Band II, 1. Teil (§§ 241-413) 12. Aufl. Berlin, New York 1976 2. Teil (§§ 414-610) 12. Aufl. Berlin, New York 1978 4. Teil (§§ 631-811) 12. Aufl. Berlin, New York 1978
Rödl	Rechtsfragen des Factoring-Vertrages BB 1967, 1301
Schaffland/Wiltfang	BDSG-Bundesdatenschutzgesetz Ergänzbarer Kommentar nebst einschlägigen Rechtsvorschriften Berlin 1977
Scheer	Zollpräferenzen für NE-Metalle und deren Produkte Band 1: Die Abkommen der EG Band 2: Die Ursprungsregeln Düsseldorf 1979
Schips	Patent- und Gebrauchsmusterverletzungen durch Lieferungshandlungen GRUR 1961, 53

Schlechtriem	Die Kollision von Standardbedingungen beim Vertragsschluß Festschrift für Eduard Wahl (1973),67
Schlegelberger	Handelsgesetzbuch Kommentar Band IV, §§ 343-372 5. Aufl. München 1976
Schlegelmilch	Die Absicherung der Produkthaftpflicht 2. Aufl. München 1978
Schlosser	Haftungsgrund, Haftungsmaßstab und AGB-Gesetz WM 1978, 562
Schlosser/Coester-Waltjen/Graba	Verbraucherschutz im Modellversuch Bielefeld 1975
dies.	Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bielefeld 1977
Schmid	Arbeitskampfklauseln in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Zeitungsbezugsvertrages NJW 1979, 15
Schmidt-Salzer	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 27.1.1971 - VIII ZR 180/69 NJW 1971, 654
ders.	Produkthaftung Heidelberg 1973
ders.	Produkthaftung im französischen, belgischen, deutschen, schweizerischen, englischen, kanadischen und us-amerikanischen Recht sowie in rechtspolitischer Sicht Berlin 1975

ders.	Entscheidungssammlung Produkthaftung Berlin 1976
ders.	Allgemeine Geschäftsbedingungen 2. Aufl. München 1977
ders.	Die Bedeutung der Entsorgungs- und der Schwimmerschalter - Entscheidung des Bundesgerichtshofes für das Produkthaftungsrecht BB 1979, 1
Schnabel	Die Behandlung von Erfüllungshindernissen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Kaufvertrag und Werklieferungsvertrag Diss. Würzburg 1965
Schönle	Bank- und Börsenrecht 2. Aufl. München 1976
Schütz	Die Konzernverrechnungsklausel DR 1941, 1519
Schulte	Zur Möglichkeit stillschweigenden Eigentumsvorbehalts BB 1977, 269
Schwappach	BDSG - Bundesdatenschutzgesetz Bergisch-Gladbach 1977
Schweitzer-Faust/Kamin	Kommentar zu den Einheitskonditionen der deutschen Textilwirtschaft 5. Aufl. Frankfurt 1977
Semler	Warenbeschreibung oder Zusicherung einer Eigenschaft NJW 1976, 406

Serick	Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung Band I: Der einfache Eigentumsvorbehalt 1963 Band II: Die einfache Sicherungsübertragung Erster Teil, Heidelberg 1965 Band IV: Verlängerungs- und Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehaltes und der Sicherungsübertragung - Erster Teil: Verlängerungsformen und Kollisionen Heidelberg 1976
Siepmann	Klauseln über den Schuldnerverzug in Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Lieferanten unter besonderer Berücksichtigung der sog. verarbeitenden Gewerbe Diss. München 1964
Simitis	Soll die Haftung des Produzenten gegenüber dem Verbraucher durch Gesetz, kann sie durch richterliche Fortbildung des Rechts geordnet werden? In welchem Sinn? in Verhandlungen des 47. Deutschen Juristentages Band I (Gutachten) Teil C München 1968
Simitis/Dammann/Mallmann/Reh	Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz Baden-Baden 1978
Sönksen/Söffing	Berlinförderungsgesetz Kommentar 16. Lieferung, Berlin Januar 1979
Soergel-Siebert	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2, Schuldrecht I 10. Aufl. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967

Spitzenorganisationen der Deutschen gewerblichen Wirtschaft	Aufruf "Disziplin und Verantwortung im kaufmännischen Geschäftsverkehr" - Dezember 1965 abgedruckt in Eberstein "Die zweckmäßige Ausgestaltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen" Heidelberg 1974, 77
von Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Erstes Buch Allgemeiner Teil (§§ 90-240) 12. Aufl. Berlin 1979 II. Band: Recht der Schuldverhältnisse Teil 1b § 242 11. Aufl. Berlin 1961 Teil 1d §§ 328-432 11. Aufl. Berlin 1978 Zweites Buch Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen 12. Aufl. Berlin 1980 Recht der Schuldverhältnisse (§§ 255-327) 12. Aufl. Berlin 1979 Recht der Schuldverhältnisse (§§ 433-580 a) 12. Aufl. Berlin 1978 II. Band: Recht der Schuldverhältnisse Teil 3 §§ 611-704 11. Aufl. Berlin 1958
Stein	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Kommentar Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1977
Tengelmann	Gewährleistung und Garantie und deren Fristen beim Kauf NJW 1966, 2195
Tetzner	Leitfaden des Patent- und Gebrauchsmusterrechts der Bundesrepublik Deutschland 2. Aufl. Bern 1977

Thamm	Der Eigentumsvorbehalt im deutschen Recht 3. Aufl. Heidelberg 1971
Thamm/Hesse	Einkaufsbedingungen und AGB-Gesetz BB 1979, 1583
Thümmel/Oldenburg	Fällt die AGB-Klausel "Soweit gesetzlich zulässig" unter die Unklarheitenregel des AGBG? BB 1979, 1067
von Uckermann	Die Benachrichtiungspflicht nichtöffentlicher Stellen DuD 1977, 73
Ulmer-Brandner-Hensen	AGB-Gesetz Kommentar 3. Aufl. Köln 1978
Ulmer/Heinrich	Das Wechsel-Scheck-Verfahren - Rechtsprobleme des Akzeptantenwechsels DB 1972, 1101, 1149
Vennemann	Zum Ausschluß des Eigentumsvorbehalts an der gelieferten Ware durch Allgemeine Geschäftsbedingungen des Käufers WRP 1979, 606
Weber	Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen Eine Gesamtdarstellung Berlin 1967
ders.	Grundfragen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) DB 1970, 2355 DB 1970, 2417 DB 1971, 129
von Westphalen	Eigentumsvorbehaltsklauseln unter dem Blickwinkel des AGB-Gesetzes DB 1977, 1637, 1685

ders.	Kollision von Einkaufs- und Verkaufsbedingungen beim Vertragsschluß DB 1976, 1317
Wilken	Der Lieferungs- und Zahlungsverzug in den Allgemeinen Verkaufs- und Lieferungsbedingungen Diss. Würzburg 1967
Wittenstein/Böckl	Ausländisches Wirtschaftsrecht Berlin, Stand April 1979
Wolf	Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden AcP 153, 97

Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen - AGB-Gesetz
AHB	Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Haftpflichtversicherung
ALB	Allgemeine Lieferungsbedingungen
Anh	Anhang
Anm	Anmerkung
AktG	Aktiengesetz
Art	Artikel
BAnz	Bundesanzeiger
BauR	Baurecht, Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
BB	Betriebs-Berater
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie
BDSG	Gesetz zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung-Bundesdatenschutzgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen

BKartA	Bundeskartellamt
BStBl	Bundessteuerblatt
BT	Bundestag
BundesbankG	Gesetz über die Deutsche Bundesbank
bzw	beziehungsweise
ca	cirka
DAR	Deutsches Autorecht
DB	Der Betrieb
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders	derselbe
dies	dieselben
DIHT	Deutscher Industrie- und Handelstag
DIN	Deutsche Industrienorm
Diss	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DöV	Die öffentliche Verwaltung
DR, DRW	Deutsches Recht
DuD	Zeitschrift "Datenschutz und Datensicherung"
EAG	Einheitliches Gesetz über den Abschluß von internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation (European Free Trade Association)
EG	Europäische Gemeinschaft
EKB	Allgemeine Bestell- und Einkaufsbedingungen

EKG	Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen
EVO	Eisenbahn-Verkehrsordnung
f, ff	folgende
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
HaftpflG	Haftpflichtgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
i.V.m.	in Verbindung mit
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung
LG	Landgericht
LM	Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MüKo	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MuW	Markenschutz und Wettbewerb
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
OLGRspr	Sammlung der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte
PatG	Patentgesetz
PostG	Gesetz über das Postwesen
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rdn	Randnummer
Recht	Zeitschrift "Das Recht"
RG	Reichsgericht
RGW	Rat für Gegenseitige Wirtschaftshilfe
RGRK	Reichsgerichtsrätekommentar zum BGB
RGZ	Amtliche Sammlung der RG-Rechtsprechung in Zivilsachen
RIW/AWD	Recht der Internationalen Wirtschaft
S	Seite
SHaftpflG	Gesetz über die Haftpflicht der Eisenbahnen und Straßenbahnen für Sachschaden
VersR	Versicherungsrecht
VOB/B	Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
WarnRspr	Warneyer "Die Rechtsprechung des Reichsgerichts"
WG	Wechselgesetz
WM	Zeitschrift für Wirtschaft und Bankrecht Wertpapiermitteilungen, Teil IV

WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
z.B.	zum Beispiel
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, jetzt für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung

EINFÜHRUNG

Diese Untersuchung ist der Versuch einer Gesamtdarstellung von Allgemeinen Einkaufs- und Bestellbedingungen (EKB). Ein solcher Versuch stößt von vorneherein an Grenzen. Einmal ist mittlerweile die Flut auch von EKB unübersehbar geworden[1]. Die Beschränkung der Untersuchung auf eine Branche erscheint deshalb notwendig. Die metallverarbeitende Industrie bietet sich hierfür in hervorragender Weise an, da von ihr Wirkungen in viele Bereiche unseres Wirtschaftslebens ausgehen. Aber selbst diese Beschränkung bedarf noch weiterer Eingrenzungen, da allein in der metallverarbeitenden Industrie die verwendeten EKB in die Tausende gehen. So lagen dieser Untersuchung zur Vorauswahl EKB von etwa 3.000 Firmen zugrunde, woraus nachstehend etwa 180 EKB - zum weit überwiegenden Teil im Frühjahr und Sommer 1979 im kaufmännischen Geschäftsverkehr verwendet - Berücksichtigung gefunden haben.

Eine solche stoffliche Beschränkung erfordert die Auswahl von typischen Klauseln, wobei der Leser auf die subjektive Wertung des Verfassers, was typisch sei, angewiesen ist. Dies soll durch die Wiedergabe von möglichst einer größeren Anzahl von Bestimmungen zu jedem Thema ausgeglichen werden. Daneben sind aber auch, ohne Rücksicht auf das quantitative Verhältnis zu dem insgesamt ausgewerteten Material, besonders originelle Klauseln berücksichtigt.

Ihre Aktualität gewinnt diese Untersuchung aus der zunehmenden Anzahl von EKB-Verwendern und aus den bald zum "täglichen Brot" von Lieferanten gehörenden und teilweise heftig geführten Auseinandersetzungen mit Bestellern über die wechselseitige Durchsetzung eigener vorformulierter Vertragsbedingungen (AGB).

---

1) Ulmer AGBG Einleitung Rdn. 12 spricht von "Hunderttausenden im Umlauf befindlicher AGB"; wieviel davon auf EKB entfallen, ist nicht zu überblicken

Hinzu kommt, daß Gesamtdarstellungen von EKB nur in sehr beschränktem Umfang vorliegen[2]; ebenso sind nur wenige EKB-Texte veröffentlicht[3]. Ansonsten sind EKB bisher nur zu Einzelthemen in Untersuchungen einbezogen werden.

Die Monopolkommission hat in ihrem Sondergutachten vom November 1977[4] die kartellrechtliche Problematik der Verknüpfung von EKB und Nachfragemacht kritisch beleuchtet. Diesen Fragen[5] wird jedoch nicht nachgegangen. Ihre Beantwortung würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen. So wäre eine vertiefte kartellrechtliche Untersuchung nicht ohne Würdigung der spezifischen wirtschaftlichen Verhältnisse des Einzelfalls denkbar. Dies erfordert eine Benennung des jeweiligen EKB-Verwenders sowie eigentlich

---

2) Heidland "Die Praxis der Verkaufs- und Einkaufsbedingungen", Stuttgart 1929; Hase "Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Metall- und Maschinenindustrie", Leipzig 1938; Arbeitskreis Kuczewski "Allgemeine Einkaufsbedingungen für die Deutsche Industrie", 1964; Heinze NJW 1973, 2182; Müller/Scholz/Schreven "Einkaufsbedingungen auf dem Prüfstand Band 1 - Automobilindustrie" 1979; Thamm/Hesse BB 1979, 1583; vgl. auch Schmidt-Salzer AGB 1977 Rdn. F 160 ff.;Ulmer AGBG Anh. §§ 9-11 Rdn. 295 ff.

3) neben den vorstehend angeführten: Müllereisert "Allgemeine Lieferbedingungen der Industrie, des Handwerks und der öffentlichen Hand", 1932, Seite 202 ff.; Rehbinder "Das Kaufrecht in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Wirtschaft" 1. Aufl. 1970 u. 2. Aufl. 1979; von Brunn "Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft"; Gutachterausschuß, Gutachten zu Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen im kaufmännischen Verkehr 1976 u. 1979; Empfehlung Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch den Bundesverband des Deutschen Groß- und Außenhandels e.V., BKartA-Bekanntmachung Nr. 77/78, BAnz. Nr. 125 vom 8.7.1978, S. 2; Empfehlung Allgemeiner Geschäfts- und Zahlungsbedingungen (Einkaufsbedingungen) der Exporteure von Eisen- und Metallwaren, BKartA-Bekanntmachung Nr. 115/78, BAnz. Nr. 187 vom 4.10.1978, S. 3; Empfehlung "Einkaufsbedingungen für Mitgliedsfirmen der der BHKS angeschlossenen Landesverbände" durch die BHKS Bundesvereinigung der Industrieverbände Heizungs-, Klima- und Sanitärtechnik e.V., BKartA-Bekanntmachung Nr. 6/80, BAnz. Nr. 15 vom 23.1.1980; Müller/Scholz/Schreven S. 47 erwähnen, daß beim Verband der Automobilindustrie z.Zt. der Entwurf einer VDA-Konditionenempfehlung für EKB der Automobilfabriken beraten werde; inzwischen liegt ein Entwurf den betroffenen Verbänden zur Stellungnahme vor (Text siehe unten im Anhang)

4) Sondergutachten "Mißbrauch, Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen", insbes. Textziffern 132 ff.

5) hierzu ausführlich: Köhler "Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht", insbes. S. 34 ff. u. S. 62 ff.; Müller/Scholz/Schreven a.a.O. S. 8 ff.

auch seines jeweils betroffenen Lieferanten. Gerade von einer Offenlegung der genauen Herkunft der dargestellten EKB soll aber abgesehen werden, da sie durchweg aus Geschäftsunterlagen stammen und damit vom jeweiligen Verwender für den Lieferanten, nicht aber für eine allgemeine Veröffentlichung bestimmt waren[6]. Ein solcher Herkunftshinweis ist für eine zivilrechtliche Untersuchung auch nicht erforderlich[7].

EKB behandeln sowohl Kauf- als auch Werklieferungs- und Werkverträge. Hierfür wird häufig der Oberbegriff "Liefervertrag"[8] verwendet. Dementsprechend lauten EKB oft auch neutral "Auftrags-", "Bestell"- oder "Bezugsbedingungen", Allgemeine Verkaufsbedingungen oft neutral "Liefer"- oder "Lieferungsbedingungen" (ALB), die Vertragsparteien entsprechend "Besteller" und "Lieferant". Diese Zusammenfassung von Vertragstypen in einen einheitlichen durch AGB geregelten Vertrag schafft keinen neuen Vertragstyp[9]. Aber sie verwischt doch vom Gesetz vorgegebene scharfe Trennungen, z.B. die zwischen dem Bestehen eines Nachbesserungsrechts beim Werkvertrag und dem Nichtbestehen eines solchen Rechts beim Kaufvertrag[10]. Allerdings nicht ohne Grund. "Soweit es für sie an einer ausreichenden gesetzgeberischen Gestaltung fehlt, schafft sich die Wirtschaft mit Hilfe von AGB zwangsläufig selbst ihr Recht"[11]. Dieses Vorteils begeben sich viele EKB-Verwender jedoch teilweise wieder, da sie ihre EKB im Zuge der Rationalisierung ihres Beschaffungswesens häufig ohne Differenzierung auf vereinheitlichten Formularen für sämtliche Beschaffungsvorgänge,und damit auch unterschiedslos für sämtliche vorstehenden Vertragstypen einsetzen.

---

6) Die Sammlung aller verwerteten Druckexemplare kann jedoch von jedermann bei Herrn Prof.Dr.Schlosser, Institut für Bürgerliches Recht und Zivilprozeßrecht der Universität München, eingesehen werden

7) vgl. z.B. die anonymen Darstellungen in: Gutachterausschuß, Gutachten zu Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen; Hase a.a.O.; Wilken "Der Lieferungs- und Zahlungsverzug in den Allgemeinen Verkaufs- und Lieferungsbedingungen"

8) Diezemann S. 3 f

9) Diezemann S. 4

10) Diezemann a.a.O.

11) Ulmer AGBG Einleitung Rdn. 3

Die Auffassung, es sei vorrangig Sache des Lieferanten, die wesentlichen Bedingungen eines Liefergeschäfts zu setzen, da er nur dadurch eine vernünftige Preiskalkulation vornehmen könne[12], ist nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen. Daß dies für ihr eigenes Haus zahlreiche EKB-Verwender so verstanden wissen wollen, soweit sie als Lieferanten auftreten, zeigen die starken Unterschiede zwischen ihren EKB und ALB[13]. Für eine Verwendung sich widersprechender EKB und ALB durch denselben Verwender, je nach dem, ob er auf der Käufer- oder Verkäufer-Seite auftritt, sind durchaus sachliche Gründe vorhanden[14]. Dennoch ist diese Auseinanderentwicklung von ALB und EKB mehr als unbefriedigend. Deshalb hat der BDI zu Recht gemahnt, hier auf seiten der EKB-Verwender Zurückhaltung zu üben[15].

Ein isoliertes Vorgehen eines sich durch EKB beeinträchtigt fühlenden Lieferanten direkt gegen den Verwender verspricht häufig wenig Aussicht auf Erfolg, da der Lieferant in der Regel auf die Aufträge dieses EKB-Verwenders angewiesen ist. So bleibt diesen Lieferanten oft nur die Anrufung des Gutachterausschusses für Allgemeine Geschäftsbedingungen über eine der ihn

---

12) Froehlich BB 1965, 887

13) Monopolkommission, Sondergutachten 1977, Textziffer 159 u. anschließende Gegenüberstellung; LG Tübingen NJW 1964, 1798; Weber AGB N 99, N 292 mit Fußnote

14) Heinze NJW 1973, 2182; v. Brunn "Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft" S. 50

15) Mitteilungen 7/64 in BB 1964, 853; Verlautbarung des BDI "Zur Ausgestaltung etwaiger Allgemeiner Einkaufsbedingungen von Unternehmen", März 1969 in Eberstein S. 80 ff.; BDI-Arbeitskreis Zulieferfragen "Grundsätze des Leistungswettbewerbs im Zulieferwesen" vom 26.7.1979, WuW 1979, 660 (663 f.); vgl. auch den Aufruf der Spitzenorganisationen der Deutschen gewerblichen Wirtschaft "Disziplin und Verantwortung im kaufmännischen Geschäftsverkehr"- Dezember 1965 in Eberstein S. 77 ff.

tragenden Organisationen[16] oder die Einleitung von Schlichtungsverfahren über seine Verbände bis hin zum BDI. Deren Erfolgsaussichten sind allerdings begrenzt[17].

Unter diesen Umständen ist im Grundsatz der Versuch zu begrüßen, für beide Seiten einheitliche, ausgewogene Bedingungen vorzuschlagen[18]. Ob es allerdings auch in anderen Branchen als der Textilindustrie, die üblicherweise[19] zu den "Einheitsbedingungen der Deutschen Textilwirtschaft"[20] abschließt[21], in absehbarer Zeit zu solchen einvernehmlichen Regelungen kommen wird, erscheint in dem dem Verfasser übersehbaren Bereich fraglich[22].

So werden wohl die nachfolgend wiedergegebenen "Einkaufsbedingungen" eines großen Unternehmens noch lange gelten:

---

16) denn Beschwerden können nur über die Organisationen vorgelegt werden, die den Gutachterausschuß tragen (Gutachten 1/74-8/75, Vorwort S. 2). Getragen wird der Ausschuß von den folgenden Organisationen der gewerblichen Wirtschaft: Bundesarbeitsgemeinschaft der Mittel- und Großbetriebe des Einzelhandels, Bundesverband der Deutschen Industrie, Bundesverband des Deutschen Groß- und Außenhandels, Bundesverband des Deutschen Versandhandels, Deutscher Industrie- und Handelstag, Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels, Markenverband, Zentralverband der genossenschaftlichen Großhandels- und Dienstleistungsunternehmen, Zentralverband des Deutschen Handwerks, Zentralverband des Kraftfahrzeughandels

17) interessant ist, daß sich ein EKB-Verwender auf ein derartiges BDI-Schlichtungsgespräch, in dem er auf Beanstandungen von seiten der Verbände seiner Zulieferer nur in beschränktem Umfang eingegangen war, bei der Bekanntmachung seiner neuen EKB berief, allerdings mit dem irreführenden Hinweis "unsere EKB, die bekanntlich im Rahmen des BDI mit den Verbänden abgestimmt sind, ..."

18) so der Arbeitskreis Kuczewski a.a.O.; sehr kritisch hierzu: Froehlich BB 1965, 887

19) die Mitglieder der Kartellkonventionen sind zu deren Anwendung verpflichtet: Schweitzer-Faust/Kamin, Kommentar, Einleitung Rdn. 3

20) abgedruckt in Großkommentar HGB Anhang II zu § 346 S. 157 ff. und bei Schweitzer-Faust/Kamin, Kommentar, 5. Aufl. 1977

21) hierzu eingehend Ratz in Großkommentar HGB § 346 Anm. 204 ff.; Schweitzer-Faust/Kamin, a.a.O. Einleitung Rdn. 3 ff.; Haus "Vereinbarung von Geschäftsbedingungen ...", S.95; weitere Beispiele solcher Regelungen bei Ratz a.a.O. Anm. 207 ff.; Schlosser AGBG § 2 Rdn. 96 ff.; Haus a.a.O. S. 65 ff.; Löwe/von Westphalen AGBG § 2 Rdn. 33 f.

22) Klinger DB 1964, 1633

"Eigentlich sollten hier - wie das im Allgemeinen üblich ist - wohlformulierte EKB stehen. Wir wissen jedoch - genau wie Sie - daß diesen meistens keine Beachtung geschenkt wird und ihnen im übrigen Ihre Lieferbedingungen gegenüberstehen, die vielleicht entgegengesetzte Bestimmungen enthalten, weil beide - wie üblich - nicht aufeinander abgestimmt wurden.

Dieser Zustand wird sich nicht ändern, bevor maßgebende Stellen der Wirtschaft ganz allgemein die Einkaufs- und Verkaufsbedingungen so festgelegt haben, daß Widersprüche vermieden werden. Bis zu einer solchen Regelung erscheint die Mitteilung von Bedingungen mehr oder weniger als Prestigefrage von geringem praktischem Nutzen; denn kommt es wirklich einmal zu einem Rechtsstreit, bleibt dem Richter - wie bereits in einigen Urteilen geschehen - nichts anderes übrig, als sein Urteil nach den gesetzlichen Bestimmungen zu fällen. Diese liegen unseren Bestellungen a priori zugrunde. Alle Zweifelsfälle sind vom Gesetzgeber ausreichend geregelt worden.

Sie werden daher Verständnis dafür haben, wenn wir das Studium etwaiger gedruckter Routine-Lieferbedingungen, die Sie uns vielleicht mit Ihrer Auftragsbestätigung zukommen lassen und die nicht besonders für den einzelnen Geschäftsfall formuliert sind, uns ersparen und annehmen, daß auch Sie sich unserer Auffassung anschließen und mit der Zugrundelegung der gesetzlichen Bestimmungen einverstanden sind. Sollten Sie eine andere Auffassung vertreten, bitten wir um Ihre umgehende spezielle Mitteilung. Sie versetzen uns dann in die uns nicht erwünschte Lage, Ihren Bedingungen besondere Aufmerksamkeit zu schenken und Punkte, die uns unannehmbar erscheinen, beanstanden zu müssen".

Die nachfolgende Untersuchung beschränkt sich auf den Inhalt von EKB-Klauseln; deren Einbeziehung in den Einzelvertrag wird damit unterstellt. Hierdurch soll aber die Bedeutung des Einbeziehungsvorgangs keineswegs verkannt werden. Denn in der Praxis dürfte die überwiegende Anzahl von EKB schon deshalb keiner Inhaltskontrolle unterzogen werden, da bereits ihre Einbeziehung in den Vertrag gescheitert ist. Diese Einbeziehungsschwierigkeiten beruhen nicht auf § 2 AGBG - EKB werden fast ausschließlich im kaufmännischen Verkehr im Sinne

von § 24 S. 1 Ziff. 2 AGBG verwendet[23] -, sondern im Aufeinandertreffen von EKB und ALB bei Bestellung und Auftragsbestätigung, wobei jeder Vertragspartner "seine" AGB einzubeziehen sucht. Geht dabei jeder Vertragspartner von der Verbindlichkeit des Vertragsschlusses als solchen aus, dann gilt der Vertrag trotzdem. Hinsichtlich der Einbeziehung der eigenen AGB liegt versteckter Dissens vor[24]. An die Stelle der AGB treten jedoch die gesetzlichen Vorschriften in vollem Umfang[25] oder zumindest im Kollisionsbereich[26], § 6 AGBG. Letzteres hatte schon der Bundesrat in seiner Stellungnahme[27] als neuen § 5a[28] AGB-Gesetz vorgeschlagen.

---

23) Thamm/Hesse BB 1979, 1583
24) Schlosser AGBG § 2 Rdn. 119; Löwe/v. Westphalen AGBG § 2 Rdn. 45
25) so OLG Karlsruhe BB 1972, 1162; Flume, Rechtsgeschäft, § 37.3; Medicus Rdn. 75; Emmerich JuS 1972, 361 (365); Weber DB 1970, 2422
26) so schon Raiser AGB S. 222; Schlosser AGBG § 2 Rdn. 122; Löwe/v. Westphalen AGBG § 2 Rdn. 46; Schlechtriem Festschrift f. Wahl S. 67 (71 f.); Graf v. Westphalen DB 1976, 1317 (1320); OLG Köln DB 1980, 924 (925 f.)
27) BT-Drucksache 7/3919 S. 47 f.; vgl. die ablehnende Gegenäußerung der Bundesregierung daselbst S. 60
28) Wortlaut: "Zusammentreffen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen: Nehmen beide Vertragsparteien auf Allgemeine Geschäftsbedingungen Bezug, die sich insgesamt oder in einzelnen Bestimmungen widersprechen und haben sie insoweit eine ausdrückliche Einigung nicht erzielt, so werden Bestimmungen, soweit sie sich widersprechen, für den Vertrag nicht wirksam. § 5 Abs. 2 und 3 gilt entsprechend"

I. Kapitel

Lieferzeit und Verzögerung

1. Verbindlichkeit des Lieferzeitpunkts

Schon Wilken[1] weist darauf hin, daß fast alle Einkaufsbedingungen Bestimmungen enthalten, wonach "die Lieferfristen einzuhalten" oder "bindend" sind.

Weiterhin finden sich insbesondere Formulierungen wie

> "Die Lieferung hat zu dem vereinbarten Liefertermin zu erfolgen".
>
> "Die vereinbarten Lieferfristen sind verbindlich".

Es ist auffallend, daß die Gepflogenheit eines ordentlichen Kaufmanns, pünktlich zu liefern[2], nochmals unterstrichen wird. Dennoch haben solche Klauseln ihre Berechtigung. Dahinter steckt die nachdrückliche Verwahrung gegen die in ALB allgemein verbreiteten Unverbindlichkeitsvorbehalte bei Lieferterminen[3], auf Grund derer die Fälligkeit der Leistung und die Bestimmung oder Bestimmbarkeit einer Zeit für die Leistung nach dem Kalender im Ungewissen bleibt. Solchen EKB-Klauseln kommt damit zugleich die Warnfunktion zu, daß sich der Verwender seine gesetzlichen Rechte aus § 284 BGB erhalten hat. Weitere Beweggründe enthüllt folgende Klausel:

> "Lassen wir im Einzelfall Fristüberschreitungen zu, so ergibt sich hieraus keine für uns verbindliche Übung".

---

1) Seite 68 u. Fußnote 1
2) Aufruf der Spitzenorganisationen der Deutschen gewerblichen Wirtschaft "Disziplin und Verantwortung im kaufmännischen Geschäftsverkehr" in Eberstein S. 77
3) Wilken S. 66

Noch einen Schritt weiter zur Sicherstellung der Verbindlichkeit vereinbarter Lieferzeitpunkte gehen die folgenden Klauseln:

> "Die Liefertermine sind als Fixtermine verbindlich, falls nichts anderes vereinbart ist".
>
> "Der Zeitpunkt der Lieferung bzw. Leistung ist aus der Bestellung ersichtlich. Er ist als Fixtermin zu verstehen, soweit nicht ausdrücklich etwas anderes schriftlich vereinbart worden ist".
>
> "Falls genaue Terminangabe unsererseits erfolgt, gelten diese Abschlüsse, auch wenn dieses nicht ausdrücklich schriftlich bestätigt wird, als Fixgeschäfte. ..."

Nun kann man Kaufleuten auch den formularmäßigen Abschluß von Fixgeschäften nicht prinzipiell verwehren[4]. Eine solche formularmäßige Festlegung allein reicht aber zur Begründung eines Fixgeschäfts gemäß §§ 361 BGB, 376 HGB genausowenig aus wie eine genaue Bestimmung der Lieferzeit. Vielmehr kann sie zunächst nur bewirken, daß der Liefertermin gemäß §§ 284 Abs. 2, 271 Abs. 2 BGB die Fälligkeit der Leistung eintreten läßt, folglich auch eine verzögerte Leistung noch als Vertragserfüllung anzunehmen ist[5].

Ein echtes Fixgeschäft dagegen besteht nur dann, wenn die Parteien nicht nur im Wege einer solchen Formularklausel, sondern nach der Gesamtheit aller zum Vertragsbestandteil gewordenen Abreden sowie aller Umstände des Vertragsschlusses[6] die genau bestimmte Erfüllungs-

---

4) Staudinger-Schlosser AGBG § 11 Nr. 4 Rdn. 11; a.A.: Löwe/Trinkner AGBG § 4 Rdn. 37
5) Wilken S. 67
6) Würdinger/Röhricht in Großkommentar HGB § 376 Anm. 7

zeit zu einem so wesentlichen Bestandteil ihres Geschäfts erheben, "daß mit ihrer Innehaltung und Verabsäumung das Geschäft stehen und fallen, eine nachträgliche Erfüllung nicht mehr als Vertragserfüllung angesehen werden soll"[7]. Werden dagegen eindeutige formularmäßige Fixklauseln[8] in unmittelbarem Zusammenhang mit einer individuellen Angabe der Leistungsfrist verwendet, so sind sie Teil dieser Individualabrede und machen dementsprechend einen Handelskauf zum Fixgeschäft gemäß § 376 HGB[9]. An diesem unmittelbaren Zusammenhang fehlt es aber bei den eingangs wiedergegebenen Klauseln. Ihre Verwendung entbindet daher nicht von der Prüfung im Einzelfall, ob die Parteien ihnen wirklich diesen Sinn beimessen wollten[10]. Die "Fix"-Klauseln in EKB genügen für sich allein also nicht zur Annahme eines Fixhandelskaufs, § 5 AGBG.

2. Bestimmung des Lieferzeitpunkts

Da die EKB für eine Vielzahl von Geschäften formuliert sind, finden sich darin zwar keine Zeitpunktangaben, wohl aber Regeln zu dessen Bestimmung, wie z.B. in folgender Klausel:

---

7) RGZ 51, 347 (348)

8) Staudinger-Schlosser AGBG § 11 Nr. 4 Rdn. 11 zählt hierzu die Angaben "fix", "präzis", "genau" wie auch (a.a.O. Rdn. 12) "ohne Nachfrist"; nach BGH NJW 1959, 933 dagegen vermag diese zuletzt genannte Klausel für sich allein den Fixcharakter eines Geschäfts nicht zu begründen

9) Staudinger-Schlosser AGBG § 11 Nr. 4 Rdn. 11; a.A.: Löwe/Trinkner AGBG § 4 Rdn. 37

10) Würdinger/Röhricht in Großkommentar HGB § 376 Anm. 9

"Die Lieferung erfolgt zu den in unseren Bestellungen ... genannten Terminen. Wenn die vereinbarten Termine aus einem vom Lieferer zu vertretenden Umstand nicht eingehalten werden, sind wir berechtigt ..."

Hier wird der vom Besteller individuell genannte Termin im Satz danach zum vereinbarten Termin. Das führt dann zu Konflikten, wenn der Lieferant seinerseits einen anderen Termin individuell bestätigt als ihn der Besteller aufgegeben hat.

Welche Bestimmung hat Vorrang, die Vertragsbestandteil gewordene EKB-Bestimmung, die die abweichende Lieferterminangabe des Lieferanten als unbeachtlich kennzeichnet oder eben diese abweichende individuelle Lieferterminangabe des Lieferanten? Die gleiche Frage stellt sich bei diesen Klauseln:

"Die Lieferung erfolgt zu den von uns oder unseren Tochtergesellschaften in den Bestellungen ... genannten Terminen, die, bedingt durch die Serienproduktion, wesentlicher Bestandteil unserer Bestellungen sind".

"Die in der Bestellung eingesetzten ... Lieferzeiten gelten durch die Annahme des Auftrages als vereinbart".

In Wirklichkeit stellt sich diese Alternative aber nicht. Selbst bei einer wirksamen Einbeziehung würde sich eine solche EKB-Klausel nur allenfalls gegen eine vorformulierte Lieferzeitpunktangabe des Lieferanten durchsetzen. Mit einer abweichenden individuellen Lieferzeitpunktangabe dagegen hat der Lieferant aber kundgetan, daß er hier auf einer Individualvereinbarung

unter Berücksichtigung seiner Vorstellungen besteht. Seine Erklärung bewirkt somit, selbst bei einer etwaigen Vereinbarung der EKB des Bestellers im übrigen, die Nichteinbeziehung der vorstehenden Lieferterminklauseln.

Solchen Gegebenheiten trägt die folgende Klausel Rechnung:

> "Der in der Bestätigung angegebene Liefertermin gilt als verbindlich, wenn er dem in unserer Bestellung angegebenen Liefertermin nicht widerspricht".

Widerspricht der Lieferant, ist die Verbindlichkeitsfiktion außer Kraft gesetzt. Welchen Zweck der Lieferant mit einer individuellen eigenen Lieferterminangabe verfolgt, ist unerheblich. Als individueller Zusatz zu einer Angebotsannahme handelt es sich um einen Fall des § 150 Abs. 2 BGB: solange keine Leistung erfolgte, ist der Vertrag wegen versteckten Dissenses nicht zustandegekommen, § 155 BGB.

Der Klarheit dient die nachstehende Klausel:

> "Unsere Bestellungen sind sofort nach Erhalt zu bestätigen mit Angaben, ob die festgesetzte Lieferfrist eingehalten werden kann, andernfalls ist ein bestimmt ausgedrückter, verbindlicher Liefertermin zu nennen. Die uns vom Lieferanten genannten Liefertermine sind für ihn verbindlich, falls nicht beiderseits andere Abmachungen getroffen werden, höhere Gewalt ausgeschlossen".

Nicht immer wird der Zeitpunkt der gesamten Leistung bereits bei Vertragsabschluß nach dem Kalendertag festgelegt, so z.B. bei Rahmenverträgen, bei Dauerlieferungsverträgen oder bei Bedarfsdeckungsverträgen für einen größeren Zeitraum. Hier erfolgen dann jeweils Liefereinteilungen bzw. Abrufe von Einzelmengen zu unterschiedlichen Zeitpunkten. Dafür finden sich häufig folgende Klauseln:

> "Die Lieferungen haben ... nach unserer Liefereinteilung zu erfolgen. Vereinbarte Liefertermine sind verbindlich".
>
> "Die Lieferung erfolgt zu den in unseren ... Abrufen genannten Terminen. Wenn die vereinbarten Termine aus einem vom Lieferer zu vertretenden Umstand nicht eingehalten werden, sind wir berechtigt ..."
>
> "Bei Abrufaufträgen halten wir uns wegen Abnahme an keine Zeit gebunden".
>
> "Die Lieferung erfolgt zu den von uns oder unseren Tochtergesellschaften in den ... Einzelabrufen oder Lieferplänen genannten Terminen, die, bedingt durch die Serienproduktion, wesentlicher Bestandteil unserer Bestellungen sind".

Damit ist hinsichtlich der Liefereinteilungen bzw. Abrufe die Bestimmung der Leistungszeit dem Besteller überlassen. Hierfür gilt § 315 BGB[11]. Es ist anerkannt, daß ein Leistungsbestimmungsrecht gemäß § 315 BGB auch in AGB ausbedungen werden kann[12]. Allerdings kann das so ausbedungene Leistungsbestimmungsrecht des Verwenders stets nur nach billigem und nicht nach freiem Ermessen

---

11) Staudinger-Selb § 271 Rdn. 4

12) Schlosser-Graba AGBG § 9 Rdn. 99; Ulmer-Brandner AGBG Anh. §§ 9-11 Rdn. 470; zurückhaltender: Löwe AGBG § 9 Rdn. 64

ausgeübt werden[13]. Das ergibt sich aus dem über § 9 AGBG auch für Kaufleute geltenden[14] Zumutbarkeitsgebot des § 10 Nr. 4 AGBG. Zum Anwendungsbereich dieser Bestimmung sind nämlich nicht nur die ausdrücklich angesprochenen nachträglichen Änderungen und Abweichungen von der versprochenen Leistung zu zählen, sondern auch die erst nach Vertragsabschluß liegende einseitige Bestimmung eines wesentlichen Bestandteils der versprochenen Leistung. Für das in der letzten der vorstehenden Klauseln zugelassene Leistungsbestimmungsrecht durch Dritte ("unseren Tochtergesellschaften") haben die gleichen Maßstäbe schon deshalb zu gelten, da diese Dritten dem Bereich und damit der Entscheidungsgewalt des EKB-Verwenders zuzurechnen sind. Aber auch die Bestimmung der Leistung durch einen "echten" Dritten wäre nicht nur im Zweifel gemäß § 317 Abs. 1 BGB, sondern stets gemäß § 9 i.V.m. § 10 Nr. 4 AGBG nach billigem Ermessen zu treffen, sofern der EKB-Verwender dieses Leistungsbestimmungsrecht dem Dritten formularmäßig zugewiesen hat. Der von Graba[15] für die Zulässigkeit eines in AGB ausbedungenen Leistungsbestimmungsrechts des Verwenders stets geforderte sachliche Grund für diesen Vorbehalt ergibt sich aus der Natur der Rahmenlieferverträge.

Es ist allerdings nicht zu verkennen, daß das Recht des Bestellers zur einseitigen Liefereinteilung dann den Lieferanten besonders belasten kann, wenn der Liefervertrag keine festen Lieferungen, sondern lediglich einen bestimmten Mengen-Prozentsatz - meistens gemessen am mengenmäßig nicht festgelegten "Gesamtbedarf"

---

13) Schlosser-Graba a.a.O.; schon früher: Hildebrandt AcP 143, 326 (340); Raiser S. 228; Bartl BB 1974, 1502 (1504)
14) Schlosser-Coester-Waltjen AGBG § 10 Nr. 4 Rdn. 16; Löwe/v. Westphalen AGBG § 10 Nr. 4 Rdn. 10
15) Schlosser-Graba AGBG § 9 Rdn. 99

des Bestellers - vorsieht. Bei solchen an seinem jeweiligen Bedarf ausgerichteten Verträgen geht der Besteller feste Abnahmeverpflichtungen meistens nur für einen kürzeren Zeitabschnitt ein (z.B. für 3 Monate); für den darauffolgenden Liefereinteilungszeitraum darf der Lieferant aber häufig schon zumindest Rohmaterial disponieren. In solchen bedarfsabhängigen Verträgen liegt die besondere Belastung des Lieferanten in der Unvorhersehbarkeit genauer künftiger Liefermengen verbunden mit der Notwendigkeit, auch anderweitig einsetzbare Fertigungskapazität vorsorglich für den Besteller freizuhalten. Rechtlich beinhaltet die Anknüpfung der Liefermenge an den jeweiligen Bedarf des Bestellers ein weiteres einseitiges Leistungsbestimmungsrecht des Bestellers. Durch die notwendige Verknüpfung mit dem Leistungszeitbestimmungsrecht gilt die Verpflichtung zur Ausübung dieses Rechts nach billigem Ermessen zwangsläufig auch für das Mengenbestimmungsrecht. Allerdings kann der Lieferant auch nach billigem Ermessen einen Anspruch auf nicht dem Bestellerbedarf entsprechende Mengen nicht durchsetzen.

3. Vorzeitige Lieferung

Gegen zu frühe Leistungen sollen folgende Klauseln schützen:

"Vorzeitige Lieferung und Teillieferung bedürfen unserer Zustimmung".

"Wir sind berechtigt, vorzeitige Lieferungen und Mehrlieferungen auf Kosten des Lieferers zurückzuschicken".

Eine solche Bestimmung ist im Hinblick auf langfristige Lagerdispositionen zulässig und wegen § 271 Abs. 2 BGB notwendig.

In diesen Zusammenhang gehören auch die zu vorzeitigen Lieferungen festgelegten Zahlungsklauseln:

> "Lieferungen, die vor dem vereinbarten Liefertermin erbracht und abgenommen werden, gelten erst zu diesem Zeitpunkt als eingegangen".
>
> "Sollten Lieferungen früher erfolgen, so ist unsererseits erst zu dem Termin Zahlung zu leisten, der dem vereinbarten Liefertermin entspricht".
>
> "Soweit im Einzelfall zumutbar, nehmen wir vorzeitige Leistungen entgegen, die vereinbarte Zahlungsfrist berechnet sich jedoch auch dann nach dem vereinbarten späteren Leistungstermin bzw. der nachfolgenden Rechnungsstellung".

Sie erscheinen auf den ersten Blick unbillig, da der Besteller schon früher über die Lieferung oder Leistung verfügen kann. Dennoch ist allein die Zahlung zum ursprünglich vereinbarten Liefertermin sachgerecht, da eine vorzeitige Lieferung im alleinigen Verantwortungsbereich des Lieferanten liegt. Dementsprechend wird er eine solche Früherlieferung in der Regel nur vornehmen, wenn hiermit ein Vorteil für ihn verbunden ist. Nicht abdecken können die vorstehenden Klauseln aber den Fall vorzeitiger Lieferung auf ausdrückliche Bitte des Bestellers. Eine solche einvernehmliche Vorverlegung des Liefertermins und damit der Fälligkeit genießt schon nach § 4 AGBG Vorrang.

4. Beginn von Lieferzeiten

Der Beginn von Lieferzeiten wird sehr häufig[16], wenn auch recht unterschiedlich, festgelegt. So finden sich folgende Regelungen:

> "Die Lieferzeit läuft vom Bestelltage ab".
>
> "Die Lieferzeit beginnt mit dem Auftragsdatum".
>
> "Lieferfristen sind in jedem Fall - auch bei unvorhergesehenen Hindernissen - verbindlich, sie beginnen spätestens mit Zugang unserer Bestellung".
>
> "Die Lieferzeit beginnt mit dem Bestelltag".

Die §§ 187 ff BGB setzen jeweils den Tag eines Fristbeginns als gegeben voraus; Regeln für die Ermittlung dieses Tags selbst enthält das BGB dagegen nicht. So ist es verständlich, daß AGB-Verwender diese Lücke in ihrem Sinne schließen und somit zur Klarstellung beitragen. Da diese Tage eines Fristbeginns nach dem Kalender eindeutig bestimmt oder bestimmbar sind und sie zudem in engem Zusammenhang mit der Bestellung stehen, bestehen gegen ihre Vorformulierung in EKB keine Bedenken[17].

Anders sind dagegen die folgenden Klauseln zu bewerten:

---

16) a.A. Wilken S. 46

17) ähnlich: Schlosser/Coester-Waltjen AGBG § 10 Nr. 1 Rdn. 46 u. 47; der Arbeitskreis Kuczewski S. 35 empfiehlt allerdings zu Recht im Interesse der Klarheit die Vereinbarung von Lieferterminen

"Die Lieferzeit beginnt mit dem Tag, an dem wir mit dem Eingang der Bestellung beim Lieferer unter regulärer Postlaufzeit rechnen können".

"Die Lieferfrist beginnt mit Zugang unserer Bestellung beim Lieferanten. Die Bestellung gilt 2 Tage nach Aufgabe zur Post als zugegangen".

In beiden Fällen stellen die EKB-Verwender auf ihren eigenen Erwartungshorizont statt auf den tatsächlichen Zugang ab. Allerdings können sie nicht den Zugang der Bestellung beim Lieferanten ersetzen, da sonst überhaupt kein Vertrag zustandekommen würde. Daher ist auch der Rechtsgedanke von § 10 Nr. 6 AGBG hier nicht anwendbar. Wohl mag sich aber die unerfreuliche Lage häufiger ergeben, daß das fingierte Datum des Zugangs der Bestellung mit dem Datum des tatsächlichen Zugangs nicht übereinstimmt. Welches Datum soll dann gelten? Diese Unklarheit geht zu Lasten des EKB-Verwenders, § 5 AGBG. Denn beide Klauseln lassen nicht erkennen, wie ein Fall "irregulärer" Postlaufzeit behandelt werden soll.

5. Rechtzeitigkeitsvoraussetzungen

Von Klauseln über den Fristbeginn zu unterscheiden sind Festlegungen, wann ein Liefertermin als eingehalten gilt. Derartige Festlegungen sind in der Tat nützlich, versteht doch in der Regel unter dem Liefertermin "Woche 15" der Besteller das Eingehen der Ware an seiner Empfangsstelle möglichst zu Beginn bis Mitte dieser Woche, der Lieferant die Absendung oder Übergabe der Ware an den ersten

Frachtführer spätestens am Ende der Woche 15,und innerbetrieblich beim Lieferanten der mit der Fertigung Beauftragte womöglich gar die innerbetriebliche Bereitstellung der Ware zum Versand spätestens am Ende dieser bezeichneten Woche. Daher rühren die folgenden Regelungen:

> "Die Ware gilt als geliefert, wenn sie bei uns eingegangen ist".
>
> "Eine zur "prompten" Lieferung von uns gekaufte Ware ist innerhalb 7 Tagen nach Vertragsabschluß in unseren im Vertrag genannten Werken anzuliefern".
>
> "Bestellte Waren müssen uns zum vereinbarten Termin am vereinbarten Ort zur Verfügung stehen".

Diese Klauseln finden ihre Rechtfertigung in der sonst anzuwendenden anderweitigen gesetzlichen Regel des § 269 Abs. 1 BGB.

In diesem Zusammenhang wird manchmal auch dem Besteller das Recht zur einseitigen (späteren) Bestimmung des Leistungsorts eingeräumt:

> "Die bestellten Muster und Waren müssen an den vorgeschriebenen Liefertagen bei den angegebenen Empfangsstellen eingegangen sein".
>
> "Als Tag der Lieferung gilt der Tag, an dem der bestellte Liefergegenstand und die Versandpapiere an der von uns vorgeschriebenen Empfangsstelle eingetroffen sind".

Da dies keine Kostenklauseln mit Auswirkung auf etwaige unterschiedliche Frachtraten je nach der Entfernung der angegebenen Empfangsstelle sind, erschöpft sich ihre Wirkung in dem vom Lieferanten zu tragenden Risiko der Einhaltung von Lieferterminen bei noch nicht genau festliegenden Beförderungslaufzeiten. Dieses Risiko kann der Lieferant überblicken, zumal ihm in der Regel die in Frage kommenden Empfangsstellen des Bestellers bekannt sein werden. Die Bindung des Leistungsortbestimmungsrechts des Bestellers an billiges Ermessen[18] schützt den Lieferanten darüber hinaus vor der Gefahr, eine Lieferterminüberschreitung infolge der Festlegung einer außergewöhnlichen, überraschenden Empfangsstelle, z.B. im Ausland, verantworten zu müssen.

Teilweise anders ist jedoch die folgende Bestimmung zu werten:

> "Für die Rechtzeitigkeit von Lieferungen kommt es auf den Eingang bei der vom Besteller angegebenen Empfangsstelle, für die Rechtzeitigkeit von Lieferungen mit Aufstellung oder Montage sowie von Leistungen auf deren Abnahme an".

Der Lieferant kann den Zeitpunkt der Abnahme mit seinen Lieferungen und Leistungen zwar beeinflussen, nicht aber bestimmen. Damit kann ihm ein solcher Zeitpunkt nicht als Maßstab für die Rechtzeitigkeit seiner Lieferung oder Leistung entgegengehalten werden. Die Klausel ist insoweit schon gemäß § 3 AGBG unwirksam.

---

18) Schlosser-Graba AGBG § 9 Rdn. 99

6. Nichteinhaltung von Lieferzeiten

Eine Vielfalt von Klauseln findet sich bei der Regelung der Nichteinhaltung von Lieferzeiten.

a) Gesetzliche Regelung

Nur sehr wenige EKB-Verwender belassen es bei der gesetzlichen Regelung[19]:

> "Der Lieferer haftet für den uns durch Lieferungsverzögerung entstehenden Schaden unter den gesetzlichen Voraussetzungen. Auch alle sonstigen gesetzlichen Rechte aus Lieferverzug stehen uns zu".
>
> "Der Lieferant haftet im gesetzlichen Umfang für jeden Verzug in der Lieferung".
>
> "Erfüllt der Lieferer nicht innerhalb der vereinbarten Zeit, so haftet er nach den gesetzlichen Vorschriften".
>
> "Kommt der Lieferant in Verzug, so stehen uns alle gesetzlichen Ansprüche uneingeschränkt zu".

Hiernach sind insbesondere § 325 BGB für eine vom Lieferanten zu vertretende Unmöglichkeit sowie die §§ 284 bis 290 BGB und 326 BGB bei

---

19) abgesehen von den Bestellern, die generell fremde ALB abwehren und stattdessen die gesetzlichen Bestimmungen zugrundelegen:

> "Verkaufsbedingungen des Lieferanten haben keine Gültigkeit, sofern sie nicht von uns schriftlich bestätigt worden sind. Es gilt allein die Regelung des BGB".
>
> "Wir vergeben unsere Aufträge nur bei Anerkennung der gesetzlichen Bestimmungen, besonders der des BGB und HGB. Davon abweichende Verkaufsbedingungen sind nichtig, wenn nicht unsere ausdrückliche schriftliche Zustimmung vorliegt".

Liefer- oder Leistungsverzug anzuwenden. Dabei kommt dem § 326 BGB überragende Bedeutung zu. Ohne Rücksicht auf § 326 BGB kann aber der Besteller auch von dem in Verzug befindlichen Lieferanten Erfüllung und daneben Ersatz seines Verzögerungsschadens gemäß § 286 Abs. 1 BGB verlangen[20]. Hierzu zählen insbesondere der durch den Verzug entstandene Nutzungsausfall oder entgangener Gewinn[21], der Schaden infolge zwischenzeitlicher Geldumstellung oder Währungsverfalls - bei den gegenwärtigen Währungsschwankungen im Gefolge des Zusammenbruchs des Währungssystems von Bretton Woods und der Außenhandelsabhängigkeit der deutschen Wirtschaft durchaus naheliegend -[22], ein besonderer Zinsverlust[23] sowie Kosten der Rechtsverfolgung[24].

Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 326 Abs. 1 BGB erfasst dagegen den Ausgleich sämtlicher durch die Vertragsverletzung des Lieferanten im Vermögen des Bestellers eingetretener nachteiliger Folgen[25].

Schließlich sind für Einzelfälle noch die §§ 454 und 455 BGB anwendbar.

---

20) RGZ 70, 127 (130); RGZ 106, 22 (24); BGH LM § 286 BGB Nr. 10; WM 1977, 1453

21) Staudinger-Löwisch § 286 Rdn. 10; Walchshöfer MüKo § 286 Anm. 6

22) eingehend Staudinger-Löwisch § 286 Rdn. 15 ff.

23) Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, § 17 III S. 121 f.

24) hier sind allerdings die Einzelheiten sehr umstritten. Vgl. OLG Köln BB 1972, 636 = JuS 1972, 471 f. Nr. 3 mit w.N.; Staudinger-Löwisch S. 286 Rdn. 23 ff.; Emmerich in Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts S. 404

25) Emmerich, das Recht der Leistungsstörungen, § 11 S. 85 ff.; Staudinger-Otto § 326 Rdn. 30 ff., 50 ff.

Die nachstehende Klausel läßt auf den ersten Blick nicht klar erkennen, ob es hier bei der gesetzlichen Regelung verbleiben soll:

> "Hält der Lieferant die festgelegten Lieferfristen nicht ein, so billigt der Besteller eine angemessene Nachfrist zu".

Da hier der EKB-Verwender aber keine gegenüber den gesetzlichen Regelungen weitergehenden Rechtsfolgen an die Nichteinhaltung der festgelegten Lieferfristen geknüpft hat, sondern dazu schweigt, stehen dem EKB-Verwender auch keine weitergehenden Rechte zu. Im Gegenteil, er verpflichtet sich damit selbst für die Fälle, in denen eine Nachfristsetzung entbehrlich ist - so z.B. bei § 284 Abs. 2 und § 286 Abs. 1 BGB -, zur Gewährung einer solchen Frist.

Auch die folgende Klausel geht über die gesetzlichen Regelungen nicht hinaus:

> "Bei Nichteinhaltung der vereinbarten Lieferfristen und Termine sind wir berechtigt, nach Verzugsetzung und einer dabei gewährten Nachfrist von 8 Tagen uns am Markt einzudecken".

Dies wird deutlich durch die Worte "nach Verzugsetzung". Die Konkretisierung der Nachfrist auf 8 Tage ist zulässig.

b) Nachfristsetzung und Ablehnungsandrohung

Oft wird das Erfordernis des § 326 Abs. 1 BGB einer Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung in EKB abbedungen:

> "Kommen Sie[26] mit Ihren Leistungen in Verzug, so sind wir ohne Nachfristsetzung berechtigt, nach unserer Wahl
>
> a) vom Vertrag zurückzutreten
> b) Nachlieferung und Schadenersatz wegen verspäteter Lieferung
> oder
> c) statt der Erfüllung Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen".
>
> "Kommt der Auftragnehmer mit seiner Lieferung in Verzug, so ist der Auftraggeber ohne Nachfristsetzung berechtigt, nach seiner Wahl ...".
>
> "Im Falle des Verzugs sind wir ohne vorherige Fristsetzung berechtigt, vom Vertrag zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen".

Gegen ein Abbedingen der Ablehnungsandrohung in AGB bestehen keine Bedenken, da es sich dabei ohnehin um eine den Schuldner nicht allzusehr begünstigende Formalität handelt[27].

Zur Rechtfertigung des Abbedingens einer Nachfristsetzung wird meist vorgebracht, es sei dem Besteller im Hinblick auf seine zahlreichen

---

26) Angesprochen ist hier der Vertragspartner, also der Lieferant

27) Schlosser-Coester-Waltjen AGBG § 11 Nr. 4 Rdn. 19; Löwe AGBG § 11 Nr. 4 Rdn. 5; BGHZ 67, 102; a.A. Koch-Stübing AGBG § 10 Nr. 4 Rdn. 7

Lieferanten nicht zuzumuten, jeweils erst zu mahnen und Nachfristen abzuwarten[28]. Denn der Lieferant habe sich zur Einhaltung des ihm bekannten Liefertermins vertraglich verpflichtet und könne sich darauf einrichten[29]. Außerdem sei die sonst erforderliche größere Lagerhaltung beim Besteller nicht hinnehmbar, während ein Abbedingen der Nachfristsetzung dem EKB-Verwender eine Kostenersparnis ermögliche[30].

Weiterhin müsse berücksichtigt werden, daß sich der Lieferant ja bereits im Verzug befinde. Schließlich sei ein Lieferant ohnehin gehalten, dem Besteller sich abzeichnende Lieferschwierigkeiten so frühzeitig mitzuteilen, daß sich der Besteller anderweitig einrichten könne. In der Tat sehen denn auch sehr viele EKB derartige Informationspflichten vor:

> "Bei erkennbarer Verzögerung einer Lieferung oder Leistung ist der Besteller unverzüglich zu benachrichtigen und seine Entscheidung einzuholen".
>
> "Sind bei der Lieferung oder ihrer Vorbereitung Verspätungen eingetreten oder zu erwarten, so hat der Lieferer den Besteller sofort zu benachrichtigen".
>
> "Für Sie erkennbare Lieferverzögerungen haben Sie uns unverzüglich mitzuteilen".

---

28) Wilken S. 82, 162, 167; Eberstein S. 30; Schnabel S. 124; Kötz MüKo AGBG § 11 Rdn. 31; Dittmann/Stahl AGBG Rdn. 385
29) Heinze NJW 1973, 2182 (2183)
30) Siepmann S. 125

"Wenn der Lieferer Schwierigkeiten in der Fertigung oder Materialbeschaffung voraussieht oder wenn vom Lieferer unbeeinflußbare Umstände eintreten, die ihn an der termingemäßen Lieferung in der vorgeschriebenen Qualität hindern könnten, muß der Lieferer unverzüglich unsere bestellende Einkaufsabteilung benachrichtigen".

Diese Informationsverpflichtungen sind bedenkenfrei. Dagegen können die Argumente zugunsten eines formularmäßigen Abbedingens des gesetzlichen Erfordernisses der Nachfristsetzung nicht überzeugen. Mahnung und Fristsetzung stellen die gesetzlichen Voraussetzungen für die Rechte des Gläubigers auf Rücktritt bzw. auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 326 BGB dar. Damit erhält der Kaufmann Klarheit, bis zu welchem Zeitpunkt er noch auf die Erbringung der ursprünglich geschuldeten Leistung in Anspruch genommen werden kann. Über diese Aufklärungsfunktion hinaus enthält aber diese gesetzliche Regelung auch den Grundgedanken, daß der Lieferant nicht schon auf Grund des Verzuges, sondern erst bei Hinzutreten eines weiteren Erfordernisses (nämlich des erfolglosen Ablaufs der Nachfrist) auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung haftet oder den Rücktritt des Bestellers hinnehmen muß[31]. "Diese Fristsetzung(soll) dem Vertragsgegner die Folgen eines weiteren vertragswidrigen Verhaltens noch einmal nachdrücklich vor Augen führen"[32].

---

31) Ähnlich Schmidt-Salzer AGB 1977, F 169
32) BGH DB 1977, 159 (161)

Die Verpflichtung zur vorherigen Setzung einer Nachfrist soll also eine Warnfunktion erfüllen.

Der Gesetzgeber hat bewußt den Konflikt zwischen dem Leistungserbringungsinteresse des Schuldners und dem Liquidationsinteresse des Gläubigers in dieser Weise gelöst[33]. Damit sind EKB-Klauseln, die diese Nachfristsetzung ohne weiteres abbedingen, gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unwirksam[34]. Gegenüber dem berechtigten Interesse des Lieferanten an der Aufrechterhaltung der gesetzlichen Regelung kann der EKB-Verwender keinen Interessenvorrang geltend machen[35]. Unterstrichen wird dies durch die geringe Beschwer für den Besteller, eine Nachfrist zu setzen; sie steht völlig außer Verhältnis zu dem vom EKB-Verwender mit einer solchen Klausel zumeist erstrebten Nutzen[36]. Hinzu kommt, daß andere besondere Momente, wie der Wegfall des Interesses an der Vertragserfüllung gemäß § 326 Abs. 2 BGB, die ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung des Lieferanten[37] oder

---

33) Staudinger-Otto § 326 Rdn. 5
34) Löwe/v. Westphalen AGBG § 11 Nr. 4 Rdn. 7; Schmidt-Salzer AGB 1977 Rdn. F 169; Schlosser/Coester-Waltjen AGBG § 11 Nr. 4 Rdn. 22 f.; Thamm/Hesse BB 1979, 1583 (1584); Ulmer/Hensen AGBG Anh. §§ 9-11 Rdn. 296 und § 11 Nr. 4 Rdn. 8
35) Schmidt-Salzer AGB 1977 Rdn. F 169; zumindest zweifelnd: Schlosser/Coester-Waltjen AGBG § 10 Nr. 3 Rdn. 50 unter Hinweis auf OLG Düsseldorf DB 1976,1712
36) Thamm/Hesse a.a.O.
37) Staudinger-Otto § 326 Rdn. 127 ff.

das Vorliegen eines Fixhandelskaufs gemäß § 376 HGB dem Besteller die sofortige Geltendmachung des Rechts auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung bzw. Rücktritt ohne vorherige Nachfristsetzung gestatten. Demzufolge soll ein Besteller, dem die Einhaltung der Leistungszeit besonders wichtig ist, von vorneherein eben einen fixen Liefertermin vereinbaren. Unterläßt er dies, ist er nicht derart schutzbedürftig, daß ihm die Gewährung einer Nachfrist nicht mehr zumutbar ist[38].

Keiner vorherigen Nachfristsetzung bedarf auch die Geltendmachung eines Verzögerungsschadens gemäß § 286 Abs. 1 BGB wie im ersten Teil der nachstehenden Klausel:

> "Wird der vereinbarte Liefertermin nicht eingehalten, sind wir berechtigt, ohne Setzung einer Nachfrist den durch den Verzug entstandenen Schaden geltend zu machen oder vom Vertrag zurückzutreten und Schadensersatzansprüche zu stellen".

c) Verzug ohne Mahnung

Die weit überwiegende Zahl der EKB-Verwender trifft Bestimmungen nicht nur über die Folgen eines Verzugs, sondern auch über die Voraussetzungen eines Verzugseintritts.

Vereinzelt wird die Mahnung als Voraussetzung des Verzugseintritts ausdrücklich abbedungen:

---

38) Schlosser/Coester-Waltjen AGBG § 11 Nr. 4 Rdn. 22 f.; Löwe/v. Westphalen AGBG § 11 Nr. 4 Rdn. 7

"Der Auftragnehmer kommt ohne Mahnung in Verzug".

"Bei Überschreitung der Lieferfrist behalten wir uns vor, von der Bestellung zurückzutreten. Wird der neue Liefertermin durch uns schriftlich angenommen, so ist er endgültig. Bei Überschreitung desselben kommt der Lieferer ohne weitere Mahnung in Verzug".

Die nachfolgende Klausel bedingt zwar nicht ausdrücklich die Mahnung, sondern die Setzung einer Nachfrist ab. Da als Folge aber ein sofortiger Verzugseintritt unterstellt ist, liegt darin zugleich das Abbedingen der Mahnung:

"Wird der vereinbarte Liefertermin nicht eingehalten, sind wir berechtigt, ohne Setzung einer Nachfrist den durch den Verzug entstandenen Schaden geltend zu machen, oder vom Vertrag zurückzutreten und Schadensersatzansprüche zu stellen".

Auch die nachfolgende Klausel unterstellt einen Verzugseintritt ohne Mahnung:

"Wenn die vereinbarten Termine aus einem vom Lieferer zu vertretenden Umstand nicht eingehalten werden, sind wir berechtigt, unbeschadet weitergehender gesetzlicher Ansprüche nach unserer Wahl vom Vertrag zurückzutreten und von dritter Seite Ersatz zu beschaffen und/oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen".

Soweit es sich in diesen Fällen um nach dem Kalender bestimmte Leistungen handelt, entspricht dies dem Gesetz, § 284 Abs. 2 Satz 1 BGB. Insoweit hätte es einer Regelung in EKB nicht bedurft. Durch diese ausdrücklichen EKB-Bestimmungen wird aber stillschweigend auch für nicht im Sinne von § 284 Abs. 2 Satz 1 BGB nach dem Kalender bestimmte Leistungen das Erfordernis der Mahnung nach Eintritt der Fälligkeit mit Nachfristsetzung abbedungen. Dazu wird häufig eine über den Begriff "Liefertermin" hinausgehende Formulierung wie "Lieferzeit" verwendet; dabei ist aber auch der Begriff "Liefertermin" nicht unbedingt im Sinne von § 284 Abs. 2 Satz 1 BGB nach dem Kalender bestimmt, z.B. in Verbindung mit einer ca.-Klausel wie bei "ca. Mitte oder Ende Juni"[39].

Hinsichtlich der Zulässigkeit eines formularmäßigen Abbedingens der Mahnung im kaufmännischen Geschäftsverkehr sind die Meinungen geteilt[40].

Abzuwägen sind hierbei namentlich die für ein Abbedingen vor allem sprechenden Zweckmäßigkeits- und Rationalisierungsüberlegungen gegen den im Gesetz zum Ausdruck kommenden Grundgedanken der Warnfunktion, wonach der Schuldner auch nach Eintritt der Fälligkeit noch den Verzug durch unverzügliche Leistung nach der

---

39) Staudinger-Löwisch § 284 Rdn. 51

40) Für die Zulässigkeit: Dittmann/Stahl AGBG Rdn. 385; Heinze NJW 73, 2182 (2183); Kötz MüKo AGBG § 11 Rdn. 31; Schlosser/Coester-Waltjen AGBG § 11 Nr. 4 Rdn. 20; Thamm/Hesse BB 1979, 1583 (1584); Palandt-Heinrichs AGBG § 11 Anm. 4 c; Siepmann S. 125; Wilken S. 82 f. Dagegen: Schmidt-Salzer AGB 1977 Rdn. F 169; Löwe/v. Westphalen AGBG § 11 Nr. 4 Rdn. 7; Stein AGBG § 11 Anm. 28; Ulmer/Hensen AGBG Anh. zu §§ 9-11 Rdn. 296

Mahnung abwenden kann. Letzterem wird entgegengehalten, in vielen Wirtschaftsbereichen würden feste Liefertermine vereinbart, so daß das Erfordernis der Mahnung ohnehin die Ausnahme und nicht die Regel darstelle. Die Rechtfertigung, warum bei Lieferterminen keine Mahnung gesetzlich erforderlich sei, bei festen Lieferfristen jedoch gegeben sein müsse, sei einem Kaufmann ohnehin kaum zu erklären. Schließlich sei eine Lieferfristenkontrolle im kaufmännischen Geschäftsverkehr üblich und notwendig[41]. Diese Argumente überzeugen jedoch nicht. Auf die Erklärbarkeit gesetzlicher Regelungen kommt es nicht an. Unerheblich ist es auch, ob der vom Gesetzgeber womöglich als Regel unterstellte Zustand durch die Praxis des Wirtschaftslebens zur Ausnahme geworden ist. Dies zeigt nur, daß der EKB-Verwender insoweit keines gesteigerten Schutzes durch ein Abbedingen der Mahnung bedarf, sondern sich durchaus selbst anderweitig, nämlich durch die Vereinbarung fester Liefertermine, helfen kann. Mit der bei Kaufleuten üblichen und notwendigen Lieferzeitkontrolle muß er allerdings dieses Zeitpunkts stets gewärtig sein, so daß er insoweit keines Schutzes vor Überraschungen bedarf[42]. Allerdings stellt das Gesetz in § 284 Abs. 1 BGB nicht darauf ab, ob der Schuldner vom Eintritt der Fälligkeit überrascht wurde oder nicht. Die Warnfunktion soll also gerade auch gegenüber dem sich der Fälligkeit der Leistung bewußten Schuldner gelten. Damit kommt es nach dem gesetzlichen Grundgedanken

---

41) Thamm/Hesse BB 1979, 1583 (1584)
42) Schlosser/Coester-Waltjen AGBG § 11 Nr. 4 Rdn. 20

des § 284 BGB darauf an, ob die Parteien schon bei Vertragsabschluß das Interesse des Gläubigers an der unbedingten Einhaltung eines festen, nach dem Kalendertag bestimmten Leistungszeitpunkts festgelegt haben oder nicht. Hat der Gläubiger dies unterlassen, so ist er nicht derart schutzbedürftig, daß ihm die Mahnung nach Eintritt der Fälligkeit nicht mehr zumutbar ist. Es ist zwar ein berechtigtes Interesse des EKB-Verwenders am Abbedingen der Mahnung einzusehen, jedoch gebührt ihm kein Interessenvorrang an der Aufrechterhaltung des in § 284 Abs. 1 BGB verankerten Prinzips der vorhergehenden Mahnung. Daher sind die dem Grundsatz des § 284 Abs. 1 BGB entgegenstehenden EKB-Klauseln gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unwirksam.

d) Verzug ohne Vertretenmüssen

Am häufigsten finden sich im Zusammenhang mit Lieferzeitregelungen EKB-Klauseln, in denen das für den Verzugseintritt erforderliche Vorliegen von Verschulden des Lieferanten (§ 285 BGB) abbedungen wird.

Manchmal wird hierbei noch eine Nachfrist vor Ausübung der weiteren alternativen, zum Teil auch kumulierten Rechte gewährt:

"Bei Fristüberschreitung sind wir nach Setzung einer angemessenen Nachfrist berechtigt, ganz oder teilweise vom Vertrag zurückzutreten und/oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, ohne daß uns eine Pflicht zur Entschädigung trifft. Das gilt auch, wenn die Fristüberschreitung vom Lieferer nicht zu vertreten ist".

"Bei Terminüberschreitungen können wir nach ergebnislosem Ablauf einer von uns gesetzten angemessenen Nachfrist vom Vertrag zurücktreten und zu Lasten des Lieferanten einen Deckungskauf vornehmen".

"Gehen Muster oder Waren nicht zum vereinbarten Liefertermin bei der angegebenen Eingangsstelle ein, so sind wir berechtigt, bei Nichteinhaltung einer gesetzten Nachfrist statt Erfüllung nach unserer Wahl ganz oder teilweise vom Vertrag zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen".

Die nachstehende Klausel enthält zwar nicht ausdrücklich eine Nachfrist. Aus dem Zusammenhang ist aber zu schließen, daß die "wiederholte" Terminüberschreitung eine erste Terminüberschreitung mit anschließender Nachfristsetzung voraussetzt:

"Bei wiederholter Terminüberschreitung sind wir zum Rücktritt vom Vertrage auch dann berechtigt, wenn die Verzögerung vom Lieferer nicht zu vertreten war".

Im Gegensatz zu § 326 Abs. 1 BGB, wonach Verzug bereits Voraussetzung für das Recht zur Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung ist, wird nunmehr die Terminüberschreitung dem Verzug gleichgestellt. Damit ist das Erfordernis des Verschuldens, das die Terminüberschreitung erst zum Verzug mit den daraus abgeleiteten gesetzlichen Folgen macht, beseitigt. Denn schon die Formulierung des § 285 BGB zeigt, daß die Terminüberschreitung als solche nicht das Verschulden beinhaltet[43].

Noch einen Schritt weiter gehen die folgenden Klauseln, in denen jede Terminüberschreitung dem Eintritt des Verzugs gleichgestellt und darüber hinaus eine Nachfristsetzung vor Ausübung weiterer Rechte abbedungen wird. Dabei gewähren manche Klauseln lediglich ein Rücktrittsrecht:

> "Nichteinhaltung der vereinbarten Lieferfrist berechtigt uns unbeschadet weitergehender Ansprüche ohne Inverzug- und Nachfristsetzung vom Vertrag zurückzutreten".
>
> ... "Nichteinhaltung der vorgeschriebenen Lieferzeit berechtigen uns zur Zurückziehung des Auftrages".
>
> "Leistet der Auftragnehmer zur vereinbarten Frist nicht, so haben wir neben den gesetzlichen Ansprüchen in jedem Fall das Recht, ohne Setzung einer Nachfrist vom Vertrag zurückzutreten".

---

43) a.A. anscheinend Wilken S. 162, der über die unterlassene Mitteilung der Verzögerung ein Verschulden konstruieren will. Dagegen: Heinze NJW 1973, 2182 (2183)

Zu dieser Gruppe von Klauseln gehört auch die nachstehende:

> "Ist mit Lieferverzug zu rechnen, so steht es uns frei, die Bestellung unter Festlegung eines neuen Termins aufrecht zu erhalten oder vom Vertrag Abstand zu nehmen".

Einmal verlegt sie die Wirkungen des Verzugs vor eine mögliche Lieferterminüberschreitung. Sie läßt aber auch die Auslegung zu, daß nach einer solchen Terminüberschreitung, aber eben noch vor Eintritt des Verzugs die genannten Wirkungen eintreten sollen.

Gleiches gilt für die folgende Klausel:

> "Bei Konkurs, Vergleich, Liquidation, Zahlungseinstellung oder ernsthaften Liefer- und/oder Liquiditätsschwierigkeiten des Lieferers sind wir ganz oder teilweise zum Rücktritt vom Vertrage oder zur Geltendmachung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung berechtigt".

Nur wird hier dem EKB-Verwender sogar alternativ ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung eingeräumt.

Solche alternativen Ansprüche räumen sich EKB-Verwender häufig selbst für den Fall bloßer Lieferterminüberschreitung ein:

"Nichteinhaltung der vereinbarten Lieferfristen und-termine berechtigt uns, ohne Inverzug- oder Nachfristsetzung vom Vertrag zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen".

"Wird der vereinbarte Liefertermin - gleich aus welchem Grund - überschritten, sind wir auch ohne Setzung einer Nachfrist berechtigt, die Annahme der Ware zu verweigern und vom Vertrag ganz oder hinsichtlich des noch nicht ausgeführten Rests ohne Entschädigungsverpflichtung zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen".

"Lieferfristen sind in jedem Fall - auch bei unvorhergesehenen Hindernissen - verbindlich, sie beginnen spätestens mit Zugang unserer Bestellung. Ist der Lieferzeitpunkt - wie grundsätzlich - ein Fixtermin, sind wir ohne Nachfristsetzung berechtigt, vom Kaufvertrag zurückzutreten oder Nachlieferung bzw. Schadensersatz wegen verspäteter Lieferung oder Nichterfüllung zu verlangen ..,

"Bei Überschreitung der vereinbarten Lieferfrist haben wir das Recht, ohne daß es auf ein Verschulden bei dem Lieferanten ankäme, die Erfüllung abzulehnen und von dem Vertrag zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen".

"Die vereinbarten Lieferzeiten sind verbindlich, ohne Rücksicht auf Behinderung des Lieferanten durch eventuelle Streiks, Krisen o.ä. Bei Nichteinhaltung der Lieferfristen sind wir, ohne Setzen einer Nachfrist, berechtigt, nach unserer Wahl Nachlieferung und Schadensersatz wegen verspäteter Lieferung zu fordern oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom voll oder teilweise nicht völlig erfüllten Vertrag zurückzutreten. Die Schadensersatzforderung erstreckt sich auf den uns durch die verspätete Lieferung entstandenen mittelbaren und unmittelbaren Schaden".

"Für alle aus etwaigen Lieferungsverzögerungen entstehenden Folgerungen ist der Lieferant haftbar".

Nur selten dagegen ist der Schadensersatzanspruch wenigstens für den Fall des Vorliegens höherer Gewalt beim Lieferanten ausgeschlossen:

"Bei Überschreitung der vereinbarten Lieferfrist haben wir das Recht, ohne daß es auf ein Verschulden bei dem Lieferanten ankäme, die Erfüllung abzulehnen und von dem Vertrag zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. In gleicher Weise können wir von dem Lieferanten bei einer Annahme der verspäteten Erfüllung Ersatz für den durch die Verzögerung entstandenen Schaden verlangen. Der Schadensersatzanspruch ist ausgeschlossen, wenn der Lieferant höhere Gewalt nachweisen kann. Doch muß er auch in diesem Fall die Eilfracht-, Telegramm- und sonstigen Spesen, die durch die Verzögerung entstehen, tragen".

Allerdings haftet der Lieferant auch im Falle der höheren Gewalt für den im letzten Satz bezeichneten Verzögerungsschaden.

Teilweise gewähren solche Klauseln dem EKB-Verwender die Ansprüche bei Lieferterminüberschreitung ohne Nachfristsetzung nicht alternativ, sondern kumuliert:

"Nichteinhalten der vereinbarten Lieferfristen und -termine berechtigt uns, ohne Inverzug- und Nachfristsetzung vom Vertrag zurückzutreten und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen".

"Nichteinhalten der vereinbarten Lieferfristen und -termine berechtigt uns, ohne Inverzug- und Nachfristsetzung den Vertrag aufzulösen, die Waren von anderer Seite zu beschaffen, etwaige Preisunterschiede in Rechnung zu stellen und Schadenersatz wegen Nichterfüllung geltend zu machen".

"Nichteinhalten der vereinbarten Lieferfristen und -termine berechtigt uns, ohne Inverzug- und Nachfristsetzung vom Vertrag zurückzutreten und Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen".

"Wird der vereinbarte Liefertermin nicht eingehalten, sind wir berechtigt, ohne Setzung einer Nachfrist den durch den Verzug entstandenen Schaden geltend zu machen oder vom Vertrag zurückzutreten und Schadensersatzansprüche zu stellen".

Überwiegend wird die Auffassung vertreten, daß es auch im kaufmännischen Verkehr rechtlich unzulässig sei, eine Schadensersatzverpflichtung an Lieferverzögerungen auch ohne Verschulden zu knüpfen[44]. Dies wird allgemein damit begründet, daß der Verschuldensgrundsatz als Voraussetzung für Verzugsschadensersatz ein so elementares Prinzip unserer Rechtsordnung darstelle, daß darüber in EKB nicht hinweggegangen werden könne. Denn die unbedingte

---

44) Thamm/Hesse BB 1979, 1583 f.; Schmidt-Salzer AGB 1977 Rdn. F 170; schon nach früherem Recht: Heinze NJW 1973, 2182 (2185); Baur DAR 1962, 321 (324); Weber N 417; a.A.: Palandt-Heinrichs AGBG § 11 Anm. 4 c mit der Einschränkung, daß die Schadensursache aus dem Gefahrenkreis des Schuldners stammen müsse (unter Hinweis auf RGZ 170, 239, Frachtvertrag; BGHZ 72, 178, Seefrachtvertrag; BGH LM § 138 (B b) Nr. 1, Mietvertrag)

Einstandspflicht für die Lieferzeit verschiebe die Haftung des Lieferers für z.B.unvorhersehbare Ereignisse einseitig zu dessen Lasten und sei insbesondere im Hinblick auf die schwerwiegenden Folgen der Schadensersatzpflicht (§ 326 BGB) als unbillig anzusehen[45]. Außerdem werde dadurch die gesetzlich vorgenommene Abgrenzung der beiderseitigen Verantwortlichkeiten aufgehoben[46]. In seiner Entscheidung vom 28.9.1978[47] setzt sich der Bundesgerichtshof mit Schmidt-Salzers[48] These auseinander, wonach das Verschuldenserfordernis nicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder in einem Formularvertrag abbedungen werden könne, da das "einen Eckpfeiler der gesetzlichen Regelung aufheben und eine verschuldensunabhängige Haftung begründen" würde. Dem hält der Bundesgerichtshof entgegen: "Indes kommt es für die Unwirksamkeit eines verschuldensunabhängigen Vertragsstrafeversprechens in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder in einem Formularvertrag darauf an, ob eine solche Klausel den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt (vgl. § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz). Insoweit ist das Abweichen von dem Verschuldenserfordernis des § 339 BGB von Bedeutung (vgl. § 9 Abs. 2 AGB-Gesetz). Das schließt aber nicht aus, die Klausel wegen anderer gewichtiger Gesichtspunkte für wirksam anzusehen".

---

45) Thamm/Hesse a.a.O.
46) Schmidt-Salzer a.a.O.
47) BGHZ 72, 174 (178 ff.)
48) AGB 1977 Rdn. F 220

In der Folge kommt der Bundesgerichtshof zur Wirksamkeit des Abbedingens des gesetzlich vorgesehenen Verschuldenserfordernisses des § 339 BGB durch eine Konnossementsklausel. Das ist bemerkenswert. Allerdings stellt der Bundesgerichtshof erkennbar seine Begründung ausschließlich auf die besonderen Interessen des modernen internationalen Seefrachtverkehrs, das Bedürfnis rascher Lade- und Löscharbeiten sowie die besonderen Verhältnisse zwischen dem Verfrachter und dem befrachtenden/abladenden Spediteur ab.Daher kann das Ergebnis dieser Entscheidung nicht auf das Lieferanten/Käuferverhältnis und damit auf die Interessen eines EKB-Verwenders übertragen werden. Eine Verallgemeinerung seines Ergebnisses hat der Bundesgerichtshof offensichtlich auch nicht im Auge gehabt[49)], da sonst die Begründung mit allgemeineren, auch anderweitig verwertbaren Argumenten hätte erfolgen müssen. Daher ist mit der herrschenden Meinung[50)] davon auszugehen, daß die Beseitigung des Verschuldensgrundsatzes als Voraussetzung eines Verzugsschadensersatzes in EKB gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unwirksam ist. Auf die Einräumung einer Nachfrist kommt es dabei nicht mehr an.

Umstritten ist es, ob im Falle der Lieferverzögerung ein Rücktritt des EKB-Verwenders auch ohne Verschulden des Lieferanten vorgesehen

---

49) Gegen eine Verallgemeinerung dieser Rechtsprechung auch Staudinger-Schlosser AGB § 11 Nr. 6 Rdn. 25

50) oben Seite 38 Fußnote 44)

werden kann[51]. Nach Thamm/Hesse[52] zeigt der Vergleich mit der verschuldensunabhängigen "Erfolgshaftung" des Unternehmers gemäß § 636 BGB, daß sich eine entsprechende EKB-Klausel kaum als unbillig bezeichnen lasse. Denn dort stelle der Rücktritt vom Vertrag wegen der außerordentlichen Schwierigkeit einer anderweitigen Verwendung der nichtvertretbaren Sache meistens für den Lieferer eine größere Belastung dar als bei Kaufverträgen, bei denen es lediglich um die Beschaffung einer bereits fertigen Sache geht. Außerdem sei ein gewisses Korrektiv bei diesem für den Lieferer schwerwiegenden Ergebnis darin zu sehen, daß für die Ausübung des Rücktrittsrechts in der Regel eine Nachfristsetzung erforderlich sei (§ 636 i.V. m. § 634 BGB) und außerdem bei unerheblichen Überschreitungen des vereinbarten Zeitpunkts kein Rücktrittsrecht bestehe. Dieser Auffassung von Thamm/Hesse ist nicht zuzustimmen. § 636 BGB enthält eine allein auf den Werkvertrag zugeschnittene und begrenzte Sondervorschrift[52 a)], die neben den allgemeinen Rechtsbehelfen des Bestellers steht[52 b)]. In ihrer Ausdehnung auf Kaufverträge läge eine einschneidende Erweiterung der Haftung des Verkäufers über die gesetzliche, am Verschulden ausgerichtete Verzugshaftung hinaus. Das wäre ein tiefer Eingriff in das Kaufrecht. Denn der Gesetzgeber hat sich nun einmal im BGB bei der Haftung des Schuldners im Falle einer Leistungsverzögerung für das Verschuldensprinzip entschieden und läßt daher den Schuldner nur in Ausnahmefällen von ihm nicht zu verschuldende Umstände vertreten[52 c)]. Ein formularmäßiges Abweichen hiervon verstößt somit gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz. Aber selbst bei Wirksamkeit einer

---

51) Dafür: Thamm/Hesse BB 1979, 1583 (1584);
Dagegen: Heinze NJW 1973, 2182 (2183); Schmidt-Salzer AGB 1977 Rdn. F 169, 170; Gutachterausschuß, Gutachten 6/74 S. 28

52) Thamm/Hesse a.a.O.

52a) Staudinger-Riedel § 636 Rdn. 1

52b) § 636 Abs. 1 Satz 2 BGB und Staudinger-Riedel a.a.O.

52c) Staudinger-Löwisch § 285 Rdn. 1

solchen Haftungserweiterung wären von den vorstehenden Klauseln nur diejenigen wenigen wirksam, die dem Lieferanten zuvor eine Nachfrist einräumen. Da in diesen eingangs wiedergegebenen Klauseln[53] jedoch noch andere, inzwischen als unwirksam festgestellte Regelungen enthalten sind, fragt es sich, ob sie insgesamt unwirksam oder mit demjenigen Teilgehalt aufrechtzuerhalten sind, der sich aus der unangemessenen Gesamtregelung lösen läßt. Der letzteren Auffassung ist zuzustimmen. Es kann nicht darauf ankommen, ob der EKB-Verwender seine Regelungen in einer Klausel zusammengefasst oder in mehrere Klauseln aufgespalten hat. Vielmehr ist entscheidend, inwieweit ein unwirksamer Teil und ein an sich wirksamer Teil einer Klausel sich ohne weiteres trennen lassen[54]. Diese Lösung ist allerdings scharf zu trennen von der Rückführung des Inhalts einer an sich unwirksamen Regelung auf ein zulässiges Maß mit dem Ziel, diese Regelung dann mit dem zurückgeführten Inhalt aufrechtzuerhalten[55].

Nun enthalten zwei dieser eine Nachfrist einräumenden Klauseln kumuliert das Recht des EKB-Verwenders auf Rücktritt und auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Es ist daher zu untersuchen, ob sie vom EKB-Verwender als einheitliche Regelung vorgesehen wurden oder ob sich trotz der Kumulation ein wirksamer Teil abtrennen läßt. Eine solche Bestimmung, wonach der Besteller trotz seines Rücktritts zugleich Schadensersatz wegen Nichterfüllung bean-

---

53) siehe oben Seite 33

54) Ulmer AGBG § 6 Rdn. 20; weitergehend Schmidt-Salzer AGB 1977 Rdn. F 55

55) zu Recht ablehnend: Schlosser AGBG § 6 Rdn. 9; Staudinger-Schlosser AGBG § 6 Rdn. 15 ff.; Löwe AGBG § 6 Rdn. 2

sprucht, ist irreführend. Rücktritt ist eine mit Schadensersatzansprüchen nicht vereinbare Aufhebung des Vertrages mit der unmittelbaren Folge, daß alle aus dem Schuldverhältnis noch nicht erfüllten und daher noch bestehenden primären Leistungspflichten einschließlich der auf das Leistungsinteresse gerichteten sekundären Vertragsansprüche, wozu auch Schadensersatzansprüche gehören, erlöschen[56]. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob man dieses Erlöschen mit Wirkung ex nunc[57] oder ex tunc[58] annimmt. Schadensersatz wegen Nichterfüllung dagegen läßt das Schuldverhältnis bestehen, allerdings nunmehr ohne Erfüllungsanspruch[59].

Mit Recht wird nun darauf verwiesen, daß es sich bei dieser unscharfen Ausdrucksweise nicht um einen Rücktritt im technischen Sinn handelt, sondern um Verlangen nach Schadensersatz im Sinne der Differenztheorie[60]. Dann allerdings können die in diesen Klauseln eingeräumten Rücktrittsrechte nicht von den unwirksamen Schadensersatzregelungen[61] getrennt werden, was zur Unwirksamkeit dieser Klauseln insgesamt führt. Dementsprechend können der-

---

56) Würdinger/Röhricht in Großkommentar HGB vor § 373 Rdn. 384 ff.; Staudinger-Kaduk Vorbem. vor § 346 Rdn. 17; Leser "Rücktritt vom Vertrag" S. 138 ff.

57) Wolf AcP 153, 97 ff., 102; Larenz "Schuldrecht" Allg.T., § 26 I a S. 332; Leser "Rücktritt vom Vertrag" S. 162 ff.; Palandt-Heinrichs BGB Einf. 1 b zu § 346; Staudinger-Kaduk Vorbem. zu § 346 Rdn. 19

58) RGZ 50, 255 (267); 52, 5; BGHZ 16, 156; BGH NJW 1952, 779; Enneccerus-Lehmann "Schuldverhältnisse"§ 38 II 1; Wilde in RGRK BGB § 346 Anm. 7; Soergel-Schmidt § 346 Vorbem. 4

59) Palandt-Heinrichs BGB § 325 Anm. 3; Würdinger/Röhricht in Großkommentar HGB vor § 373 Rdn. 350 ff.

60) Wilken S. 165; Schlosser/Graba AGBG § 9 Rdn. 64; BGH NJW 1970, 29; OLG Hamm DB 1976, 2009; zur Differenztheorie ausführlich: Staudinger-Otto § 326 Rdn. 142, 144

61) siehe oben Seite 38 bis 40

artige Kumulationsklauseln nur dann wirksam sein, wenn auch die in ihnen enthaltenen Schadensersatzregelungen wirksam sind. Das trifft z.B. auf die folgenden Klauseln zu:

> "Bei Leistungsverzug und Rücktritt vom Vertrag gelten die gesetzlichen Bestimmungen mit der Maßgabe, daß wir neben dem Rücktritt verlangen können, daß uns der entstehende unmittelbare und mittelbare Schaden ersetzt wird".

> "Wenn die vereinbarten Termine aus einem vom Lieferer zu vertretenden Umstand nicht eingehalten werden, sind wir berechtigt, unbeschadet weitergehender gesetzlicher Ansprüche nach unserer Wahl vom Vertrag zurückzutreten und von dritter Seite Ersatz zu beschaffen und/oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen".

Zuweilen werden auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Verzögerungsschaden kumuliert:

> "Im Falle des Verzugs sind wir ohne vorherige Fristsetzung berechtigt, vom Vertrag zurückzutreten oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Die Wahl zwischen beiden Rechten oder der nachträgliche Übergang vom einen zum andern bleibt uns vorbehalten. Die Verpflichtung des Auftragnehmers zum Ersatz des uns entstehenden Verzugsschadens bleibt unberührt".

Eine solche Kumulierung ist zulässig[62]. Allerdings ist die Klausel hinsichtlich des Abbedingens einer Nachfrist unwirksam[63].

---

62) BGH NJW 1975, 1740
63) siehe oben Seite 27 f.

7. Höhere Gewalt und sonstige Störungen

Höhere-Gewalt-Klauseln sind in mehrerlei Hinsicht bemerkenswert. Einmal findet sich eine Reihe von Begriffsbestimmungen für die Höhere Gewalt, sowie, mit dem gleichen Ergebnis, eine Einbeziehung weiterer, nicht der Höheren Gewalt im engeren Sinn zuzurechnender Ereignisse in die Rechtsfolgen von Höherer Gewalt.

Weiterhin lassen sich Unterschiede hinsichtlich des Geltungsbereichs solcher Klauseln feststellen. So wird meistens nur Höhere Gewalt im Bereich des EKB-Verwenders, daneben oder stattdessen manchmal auch Höhere Gewalt im Bereich des Lieferanten behandelt. Dabei ist jedoch unterschiedlich geregelt, wer sich auf ein solches Ereignis berufen kann. Schließlich finden sich unterschiedliche Rechtsfolgen.

Neben den Regelungen über Höhere Gewalt enthalten diese Klauseln meistens noch weitere Bestimmungen über die Nichteinhaltung von Lieferzeiten und deren Rechtsfolgen. Insoweit wird auf die vorhergehenden Ausführungen verwiesen[64].

Was ist "Höhere Gewalt"? Der Begriff wird zwar in den nachfolgenden gesetzlichen Bestimmungen verwendet,

---

64) siehe insbesondere oben Seite 24 ff. und Seite 28 ff.

jedoch jeweils ohne Legaldefinition[65]: §§ 203 Abs. 2, 651 j Abs. 1, 701 Abs. 3, 1996 Abs. 1 BGB, Art. 48 ScheckG, Art. 54 WG, § 454 HGB, § 82 Abs. 1 EVO und §§ 1 Abs. 2 Satz 1, 2 Abs. 3 Nr. 3 HaftpflG[66].

Früher standen sich die objektive und die subjektive Theorie gegenüber. Nach der ersten ist die Höhere Gewalt ein von außen kommendes, unabwendbares und unverschuldetes Ereignis; nach der zweiten liegt Höhere Gewalt vor, wenn der Schaden offenbar auch durch eine auf das höchste vernünftige Maß gesteigerte Sorgfalt nicht abgewendet werden konnte[67]. Heute wird die objektive Bestimmung der Höheren Gewalt dort verwendet, wo eine Haftung für Betriebsgefahr vorgesehen ist, wie

---

65) Die Allgemeinen Bedingungen für die Warenlieferungen zwischen den Organisationen der Mitgliedsländer des RGW (ALB/RGW 1968), rechtsverbindlich erklärt durch Verfügung Nr. 555 des Ministers für Außenwirtschaft der DDR vom 31.8.1968 (auszugsweise abgedruckt bei Kemper/Strohbach/Wagner Seite 42) enthalten im Kapitel XII "Umstände, die von der Verantwortlichkeit befreien (§§ 68-70)" bei § 68 Abs. 2 folgende Definition (= abgedruckt bei Kemper/Strohbach/Wagner Seite 273):

> "Unter Umständen höherer Gewalt werden solche Umstände verstanden, die nach Vertragsabschluß im Ergebnis unvorhergesehener und durch den Partner unabwendbarer Ereignisse außerordentlichen Charakters entstanden sind".

66) Der Begriff der Höheren Gewalt wurde ferner in § 2 des am 1.1.1978 außer Kraft getretenen SHaftpflG vom 29.4.1940 - RGBl. I, 691 - und in § 11 Nr. 2 des alten, durch die Neufassung vom 28.7.1969 ersetzten PostG vom 28.10.1871 - RGBl. I, 347 - verwendet

67) Enneccerus-Nipperdey § 219 I, Lehmann-Hübner Allg.T. § 42 II, Staudinger-Dilcher BGB 203 Rdn. 2; Johannsen in RGRK BGB § 203 Rdn. 2

in § 701 Abs. 3 BGB, § 454 HGB und § 1 HaftpflG[68]. Für die Wahrnehmung von Rechtshandlungen innerhalb bestimmter Fristen soll dagegen nicht zwischen betriebsinternen und von außen kommenden Ereignissen unterschieden werden[69].

Die Rechtsprechung[70] versteht unter Höherer Gewalt insoweit ein "betriebsfremdes, von außen durch elementare Naturkräfte oder durch Handlungen dritter Personen herbeigeführtes Ereignis, das nach menschlicher Einsicht und Erfahrung unvorhersehbar ist, mit wirtschaftlich erträglichen Mitteln auch durch die äußerste, nach der Sachlage vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht verhütet werden oder unschädlich gemacht werden kann und auch nicht wegen seiner Häufigkeit vom Betriebsunternehmer in Kauf zu nehmen ist". Die maßgebenden tatbestandlichen Voraussetzungen sind die Unvorhersehbarkeit, die Unvermeidbarkeit[71] und die Außergewöhnlichkeit[72]. Finden sich solche Klauseln in AGB, so verlangt § 5 AGB-Gesetz eine enge Auslegung[73], allerdings nur zu Lasten des AGB-Verwenders.

---

68) Staudinger-Dilcher BGB § 203 Rdn. 3; Enneccerus-Nipperdey § 219 II 1, Schmid NJW 1979, 15 (18)
69) Staudinger-Dilcher BGB § 203 Rdn. 4; Enneccerus-Nipperdey § 219 III, 1
70) grundlegend: BGHZ 7, 338 (339); BGHZ 10, 310; BGHZ 17, 199 (201); BGH BB 1970, 466; BGHZ 60, 98; BFH DB 1978, 523; RGZ 64, 404; RGZ 70, 98; RGZ 95, 64; RGZ 101, 94; RGZ 104, 150; RGZ 109, 172; RGZ 110, 209; RGZ 117, 12; RG JW 1931, 865 Nr. 11; RGZ 171, 105
71) zu den ersten beiden Merkmalen: RGZ 101, 94 (95); BGHZ 7, 338 (339)
72) RGZ 109, 172 (173)
73) etwa im Sinne von § 1 Abs. 2 S. 2 HaftpflG

Die nachstehenden Klauseln sind nach zwei verschiedenen Gesichtspunkten zu unterscheiden: zum einen, ob sie das Vorliegen von Höherer Gewalt im Bereich nur eines der Vertragspartner oder bei beiden regeln, und zum andern, ob diese Klauseln dann auf ein Aufschubs- und/oder Rücktrittsrecht eines Vertragspartners oder beider zielen.

a) Höhere Gewalt im Bereich des Lieferanten

aa) Rechte zugunsten des Lieferanten:

Klauseln, die bei Vorliegen Höherer Gewalt nur den Lieferanten begünstigen und ihm dabei allein ein Rücktrittsrecht einräumen, waren nicht anzutreffen. Dagegen finden sich mehrere Regelungen, die den Lieferanten pauschal begünstigen:

"Hält der Auftragnehmer den Liefertermin nicht ein, kommt er, ohne daß es einer Mahnung bedarf, auch dann in Verzug, wenn ihn an der Nichteinhaltung des Termins kein Verschulden trifft, ausgenommen Fälle höherer Gewalt".

"Wenn die zugesagte Lieferzeit nicht eingehalten wird, sind wir berechtigt, von der Bestellung zurückzutreten und uns von anderer Seite Ersatz zu beschaffen und etwaige Preisunterschiede zu berechnen; ausgenommen hiervon sind die gesetzlich anerkannten Fälle höherer Gewalt, über die wir jedoch umgehend zu verständigen sind".

"Ungeachtet dessen löst eine Überschreitung der Lieferzeit die gesetzlichen Verzugsfolgen aus, es sei denn, daß die Überschreitung nachweislich auf höherer Gewalt im Bereich des Lieferers oder unverschuldeten Arbeitskämpfen beruht".

Allen drei Klauseln ist gemein, daß die Höhere Gewalt den Verzugseintritt beim Lieferanten verhindert, was damit zunächst zu einem Leistungsaufschubsrecht des Lieferanten führt. Allerdings ist darin keine Abweichung von der gesetzlichen Lage zu sehen: ein vom Lieferanten nicht zu vertretendes Leistungshindernis schiebt ohnehin die Fälligkeit der Leistung bis zur Behebung des Hindernisses hinaus[74]. Wird dem Lieferanten die Leistung infolge der Höheren Gewalt unmöglich, so wird er von der Leistung gemäß § 275 Abs. 1 BGB frei. Defekt sind die Klauseln allerdings wegen ihrer übrigen Regelungen, wonach eine Lieferzeitüberschreitung ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Lieferanten entweder zu Lieferverzug oder zu einem uneingeschränkten Rücktrittsrecht des Bestellers führt. Diese Regelungen verstoßen gegen § 9 AGB-Gesetz[75].

bb) Rechte zugunsten beider Vertragspartner:

Häufiger enthalten Höhere-Gewalt-Klauseln zugleich auch Regelungen zugunsten der EKB-Verwender:

---

74) Emmerich "Recht der Leistungsstörungen" § 6 II, 4 d, aa und § 19 II; Larenz "Schuldrecht" I § 23 III

75) siehe oben Seite 40 ff.

"Höhere Gewalt im Bereich des Auftragnehmers hat uns der Auftragnehmer unverzüglich nach Entstehen anzuzeigen und nachzuweisen. Der Auftragnehmer hat auf seine Kosten alle Anstrengungen zu unternehmen, den Vertrag gleichwohl termingerecht zu erfüllen. Steht fest, daß dennoch Verzögerungen von mehr als einem Monat eintreten, können wir vom Vertrag ganz oder teilweise zurücktreten".

"Werden Liefertermine in Fällen eindeutiger höherer Gewalt nicht eingehalten, so können wir eine angemessene Verlängerung der Lieferzeit gewähren. Nach Ablauf einer gesetzten Frist können wir ganz oder teilweise vom Vertrag zurücktreten".

In beiden Fällen erhält der Lieferant wieder ein Leistungsaufschubsrecht. Die Abweichung von der gesetzlichen Regelung liegt darin, daß nach Ablauf eines Monats bzw. einer angemessenen Frist der EKB-Verwender durch sein Rücktrittsrecht so gestellt wird, als sei bereits dauernde Unmöglichkeit der Leistung eingetreten.

Nach der gesetzlichen Regelung steht die vorübergehende Unmöglichkeit der dauernden dann gleich, wenn sie die Erreichung des Geschäftszwecks in Frage stellt oder dem Gegner die Einhaltung des Vertrags bis zum Wegfall der Unmöglichkeit nicht zumutbar ist[76].

---

76) BGH LM § 275 BGB Nrn. 3, 4 u. 7; BGH LM § 323 Abs. 1 BGB Nr. 3; BGH DB 1970, 1070; BGH DB 1970, 1591

Diese Gesichtspunkte werden in der zweiten Klausel ausreichend schon durch die Einräumung einer "angemessene(n) Verlängerung der Lieferzeit" berücksichtigt. Durch die starre Frist von einem Monat in der ersten Klausel ist dies dort nicht der Fall. Dem EKB-Verwender ist jedoch sein Interesse zugute zu halten, bei der Nichteinhaltung einer vereinbarten Lieferfrist umgehend das Vertragsverhältnis zu beenden, um anderweitig einen Deckungskauf vornehmen zu können[77]. Hierauf kann und muß sich ein Lieferant einrichten. Daher ist auch diese Klausel wirksam.

cc) Rechte zugunsten des Bestellers:

Weitergehend als die vorhergehenden ist diese Klausel:

> "In Fällen höherer Gewalt, die glaubhaft nachgewiesen werden müssen, sind wir berechtigt, den Vertrag ganz oder teilweise aufzuheben oder die Lieferung zu einem späteren Termin zu verlangen, ohne daß dem Verkäufer hieraus Ansprüche gegen uns zustehen".

Hier stellt der EKB-Verwender das Vertragsschicksal ohne Rücksicht auf die Auswirkungen der Höheren Gewalt, insbesondere ihre Dauer und ihre Einwirkung auf sein Unternehmen, in seine freie Entscheidung. Angemessenheitsgesichtspunkte sind hierbei nicht zu berücksichtigen. Insbesondere steht auch das Rücktrittsrecht gleichberechtigt,

---

77) Staudinger-Schlosser AGBG § 10 Nr. 3 Rdn. 28

also ohne jede Einschränkung und ohne nachrangigen Einsatz, neben dem Aufschubsrecht. Damit kann sich der Besteller nach seinem Belieben und ohne Rücksicht auf die tatsächlichen Verhältnisse so verhalten, als sei bereits dauernde Unmöglichkeit eingetreten, selbst wenn nur eine sehr kurze vorübergehende Unmöglichkeit vorliegt.

Das wäre allerdings nicht zu beanstanden, sofern ein Fall des § 636 Abs. 1 BGB vorläge, der kein Verschulden des Lieferanten erfordert[78]. Selbst hierbei wären jedoch die durch § 634 Abs. 3 BGB und die durch Treu und Glauben bei kurzer Fristüberschreitung[79] gezogenen Grenzen zu beachten.

Nun ist die Anwendung dieser EKB nicht auf Werkverträge beschränkt. Vielmehr werden sie gerade zur Erleichterung des Massenverkehrs von ihren Verwendern unterschiedslos auch für Werklieferungs- und Kaufverträge eingesetzt[80]. Zudem enthält die vorstehende Klausel keine Beschränkung auf Werkverträge. Für andere als Werkverträge müßten jedoch die Voraussetzungen des § 323 BGB für ein Freiwerden des Bestellers vorliegen. Sein uneingeschränktes Wahlrecht läßt jedoch auch seine wider Treu und Glauben verstoßende Lösung vom Vertrag zu. Das ist unangemessen und führt zur Unwirksamkeit dieser Klausel gemäß § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz.

---

78) Palandt-Thomas BGB § 636 Anm. 1
79) RG DR 1942, 382
80) siehe oben Seite 3

b) Höhere Gewalt im Bereich des Bestellers

Die Mehrzahl der anzutreffenden Klauseln regelt allein Fälle von Höherer Gewalt und sonstiger Störungen im Bereich des Bestellers.

aa) Rechte zugunsten des Lieferanten:

Allerdings finden sich keine Regelungen, die bei Vorliegen Höherer Gewalt den Lieferanten allein begünstigen, sei es durch ein Rücktrittsrecht und/oder ein Leistungsaufschubsrecht.

bb) Rechte zugunsten beider Vertragspartner:

Beide Vertragspartner betreffende Regelungen wie die nachstehende sind selten:

> "Die vereinbarten Erfüllungstermine für die Leistungen des Auftragnehmers können von uns bis zu maximal 6 Monaten hinausgeschoben werden, wenn sich durch Arbeitsausstände oder Betriebsstörungen anderer Art bei uns der vorgesehene Bedarf verzögert. Hierdurch entstehen dem Auftragnehmer keinerlei Ansprüche. Beruht die Bedarfsverzögerung auf einem Fall höherer Gewalt und dauert dieser länger als 6 Monate an, kann jede Seite vom Vertrag ganz oder teilweise zurücktreten".

Der Besteller erhält ein Annahmeaufschubsrecht bei Höherer Gewalt für die Dauer von mindestens sechs Monaten. Dies bedeutet eine Abweichung von den gesetzlichen Regeln des Annahmeverzugs. Denn endgültige Annahmehindernisse, die sich als Höhere Gewalt auswirken, führen zwar nicht zu

Annahmeverzug, sondern zur dauernden Unmöglichkeit der Leistung mit der Folge, daß der Besteller gemäß § 323 BGB frei wird[81]. Vorübergehende Annahme- oder Mitwirkungshindernisse ändern dagegen auch bei Nichtverschulden des Gläubigers und damit selbst bei Vorliegen Höherer Gewalt nichts an der Anwendbarkeit der Regeln über den Gläubigerverzug[82]. Der formularmäßige Ausschluß des Gläubigerverzugs bei Vorliegen Höherer Gewalt durch die Einräumung eines Aufschubsrechts des Bestellers ist wirksam. Es schützt ihn vor vorzeitigen Entgeltansprüchen des Lieferanten, da damit die §§ 324 Abs. 1 bzw. 645 BGB ausgeschaltet sind. Demgegenüber behält jedoch der Lieferant den Anspruch, den Besteller in absehbarer Zeit noch zu beliefern. Träte zwischenzeitlich oder anschließend doch noch eine Zweckvereitelung oder anderweitige Zweckerreichung ein, erhielte der Lieferant spätestens zu diesem Zeitpunkt sein entsprechendes Entgelt gemäß § 645 BGB bzw. § 645 BGB analog[83]. Eine solche Aufschubsregelung benachteiligt daher den Lieferanten nicht unangemessen. Allerdings enthält diese Klausel daneben auch eine Freizeichnung des EKB-Verwenders von seiner Haftung für die Verletzung seiner Abnahmepflicht aus den §§ 433 Abs. 2 bzw. 640 Abs. 1 BGB. Im Kaufrecht könnte sich der Lieferant ansonsten stets von der Last der Aufbewahrung und Obhut der Sache befreien[84], im Werkvertragsrecht stünde ihm gemäß § 642 Abs. 1 BGB ein Schadensersatzanspruch zu.

---

81) BGHZ 60, 14 (16); BAG NJW 1969, 766; Enneccerus-Lehmann § 57 II 1 b; Beuthien "Zweckerreichung" S. 230 ff.; Larenz "Schuldrecht" I § 25 I c; Fikentscher § 46 V; Esser-Schmidt I 1 § 23 II; Palandt-Heinrichs § 293 Anm. 2 b; Staudinger-Löwisch BGB § 275 Rdn. 8 f. u. Vorbem. zu §§ 293-304 Rdn. 4

82) Larenz "Schuldrecht" I § 25 I c u. § 21 I c; Walchshöfer in MüKo § 293 Rdn. 6; Palandt-Heinrichs § 293 Anm. 2 b; Staudinger-Löwisch BGB Vorbem. zu §§ 293-304 Rdn. 5; siehe auch Beuthien "Zweckerreichung" S. 236 f.

83) Palandt-Heinrichs § 324 Anm. 2 c; § 293 Anm. 2 b u. § 275 Anm. 1 d; Fikentscher S. 175 f., 228 f.; Emmerich in MüKo, Vorbem. vor § 275 Rdn. 77

84) Staudinger-Köhler § 433 Rdn. 69

Viel häufiger räumen diese Klauseln den EKB-Verwendern sowohl ein Aufschubs- als auch ein Rücktrittsrecht ein:

> "In Fällen höherer Gewalt können wir den Vertrag ganz oder teilweise aufheben oder die Ausführung zu einem späteren Zeitpunkt verlangen, ohne daß der Lieferfirma hieraus Ansprüche gegen uns zustehen".

> "Höhere Gewalt, insbesondere Notstandssituationen aller Art, Verfügungen von höherer Hand, Streiks und ähnliche nicht von uns zu vertretende Umstände geben uns das Recht zum Rücktritt. Machen wir davon keinen Gebrauch, so entbinden Sie uns während ihres Bestehens von den vertragsmäßigen Leistungen".

Oft wird ein besonderer Bezug zwischen der Höheren Gewalt oder den ihr gleichgestellten Ereignissen und dem Bedarf oder Verbrauch beim EKB-Verwender hergestellt:

> "Ereignisse höherer Gewalt und nicht vorherzusehende Umstände, die einen Verbrauchsrückgang zur Folge haben, berechtigen uns, unter Ausschluß von Ersatzansprüchen durch den Lieferanten zur Sistierung bzw. zum Rücktritt vom Vertrag".

> "Ereignisse höherer Gewalt, Arbeitskämpfe, Betriebsstörungen, unvorhersehbare und unvermeidbare Fertigungsumstellungen und sonstigen Umstände, die wir nicht zu vertreten haben und die eine Verringerung unseres Bedarfes zur Folge haben, entbinden uns insoweit von der Verpflichtung zur Abnahme noch zu liefernder Mengen, und gewähren uns ein außerordentliches Rücktrittsrecht, ohne daß dem Lieferer hieraus Ersatzansprüche gegen uns zustehen".

"Ereignisse höherer Gewalt, Arbeitskämpfe, Betriebsstörungen, unvorhergesehene und unvermeidbare Fertigungsumstellungen und sonstigen Umstände, die wir nicht zu vertreten haben, und die eine Verringerung unseres Bedarfs zur Folge haben, entbinden uns insoweit von der Verpflichtung zur Abnahme und gewähren uns ein außerordentliches Rücktrittsrecht, ohne daß dem Lieferer hieraus Ansprüche gegen uns zustehen".

"Alle Ereignisse höherer Gewalt, die eine Einschränkung oder Stillegung unseres Betriebs herbeiführen, berechtigen uns, die Erfüllung übernommener Abnahmeverpflichtungen hinauszuschieben bzw. vom Vertrag ganz oder teilweise zurückzutreten, ohne daß irgendwelche Ansprüche auf Schadensersatz an uns gestellt werden können".

Die auf die Höhere Gewalt als solche bezogenen Aufschubsrechte des Bestellers sind wiederum wirksam[90]. Bei den Rücktrittsrechten ist zu unterscheiden. Beschränkt sich das Rücktrittsrecht auf den Fall dauernder Unmöglichkeit infolge der Höheren Gewalt, ist die Regelung wirksam, da sie ohnehin § 323 BGB entspricht. Gleichfalls wirksam wären solche Regelungen, in denen die Höhere Gewalt zwar nur zu einer vorübergehenden Unmöglichkeit geführt hat, in denen aber der EKB-Verwender vor die Ausübung seines Rücktrittsrechts eine angemessene Wartefrist gelegt hat[91]. Diesen Anforderungen genügt nur die letzte Klausel. Die durch ein "beziehungsweise" getrennten alternativen Rechte

---

90) siehe oben Seite 54
91) siehe oben Seite 51 und Seite 54

Aufschub und Rücktritt beziehen sich natürlich bei vernünftiger Auslegung auch nur auf die "Einschränkung" bzw. "Stillegung" des Betriebs des Bestellers.

In allen anderen Klauseln steht das Rücktrittsrecht gleichberechtigt neben dem Aufschubsrecht ohne Rücksicht darauf, ob die Höhere Gewalt eine vorübergehende oder eine dauernde Unmöglichkeit herbeigeführt hat. Damit kann sich der EKB-Verwender wiederum[92] ohne Rücksicht auf die tatsächlichen Verhältnisse vom Vertrag lösen, ohne dem Lieferanten den ihm gemäß § 645 BGB bzw. § 645 BGB analog[93] zustehenden entsprechenden Teil der Vergütung und Auslagen leisten zu müssen. Diese Vergütungsregelung stellt erkennbar einen so wesentlichen gesetzlichen Grundgedanken dar[94], daß sich ein solches globales freies Rücktrittsrecht nicht damit vereinbaren läßt. Diese Rücktrittsregelungen sind daher gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unwirksam.

Die vorstehenden Klauseln erwecken zum Teil den Eindruck, ein Fall Höherer Gewalt liege schon dann vor, wenn der Besteller infolge Höherer Gewalt vorübergehend oder dauernd keine Verwendung für die gekaufte Sache habe. In Anbetracht der strengen Maßstäbe der Rechtsprechung an das Vorliegen eines Falls von Höherer Gewalt[95] erscheint dies eine unvertretbar weite Auslegung des Begriffs "Höhere Gewalt" zu sein. Es kann sich nicht nur um ein vom Besteller nicht zu vertretendes Ereignis handeln; vielmehr muß dies zugleich einen schwerwiegenden Eingriff darstellen, so z.B., wenn die Sache faktisch nicht angeliefert werden oder wenn eine Montage in einem von einer Naturkatastrophe heimgesuchten Betrieb nicht vorgenommen werden kann. Es fragt sich, inwieweit nun die der Höheren Gewalt formularmäßig gleichgestellten Ereignisse zu bewerten sind. Natürlich stehen hierbei nur solche Ereignisse in Frage, die erst nach Vertragsabschluß eingetreten bzw. dem EKB-Verwender,

---

92) siehe auch oben Seite 51 f.
93) Fikentscher S. 175 f., 228 f.; Palandt-Heinrichs § 324 Anm. 2 c, § 293 Anm. 2 b u. § 275 Anm. 1 d; Emmerich in MüKo Vorbem. vor § 275 Rdn. 77; siehe auch BGHZ 60, 14; BGHZ 40, 71; OLG Köln OLGZ 75, 323
94) Esser-Schmidt S. 259 ff.; Palandt-Heinrichs § 275 Anm. 1 d
95) BGHZ 7, 338 (339); BGH BB 1970, 466

ohne daß ihn ein Verschulden trifft, erst nach Abschluß des Vertrages bekannt geworden sind[96]. Denn für einen Fall anfänglichen Unvermögens hätte der EKB-Verwender ohne Möglichkeit anderweitiger Regelung in EKB auf Grund Garantiehaftung einzustehen[97].

Als solche nachträglichen Ereignisse sind im wesentlichen genannt: "Arbeitskämpfe", darunter zum Teil näher aufgegliedert in "Streiks", "Aussperrungen" und "illegale Streiks", weiterhin "Betriebsstörungen anderer Art" oder auch "Betriebsstörungen", "Betriebseinschränkungen", "unvorhergesehene und unvermeidliche Fertigungsumstellungen" und "ähnliche Fälle, welche eine Verringerung des Verbrauchs zur Folge haben", schließlich noch in Bezug auf solche zuvor genannten Tatbestände "ähnliche" oder "sonstige Umstände, die wir nicht zu vertreten haben".

Coester-Waltjen[98] weist im Zusammenhang mit einem Lösungsrecht des zur Leistung Verpflichteten (also des Lieferanten) bei Vorliegen von Arbeitskampfmaßnahmen (beim Lieferanten) zu Recht darauf hin, daß selbst bei länger anhaltenden Störungen man regelmäßig davon auszugehen habe, daß nur d e r Vertragspartner, d e r d i e L e i s t u n g e r w a r t e , durch ein Lösungsrecht geschützt werden solle. Wolle dieser aber am Vertrag festhalten und auf die Leistungen warten, so sei der Verwender durch seinen Haftungsausschluß hinreichend geschützt. Nur in wenigen Fällen werde ihm unter

---

96) OLG Düsseldorf DB 1976, 1712; Löwe/v. Westphalen AGBG § 10 Nr. 3 Rdn. 19
97) BGHZ 8, 222 (231); BGHZ 11, 16 (22); Löwe/v. Westphalen AGBG § 9 Rdn. 101
98) Schlosser/Coester-Waltjen AGBG § 10 Nr. 3 Rdn. 33

wirtschaftlichen Gesichtspunkten die Bindung an den Vertrag nicht zuzumuten sein.

Löwisch[99], der eine Reihe von EKB-Freizeichnungsklauseln wiedergibt[100], äußert Bedenken gegen ein formularmäßiges Rücktrittsrecht des EKB-Verwenders im Falle einer arbeitskampfbedingten Annahmestörung[101]. Einen Aufschub der Annahmeverpflichtung unter Freizeichnung von der Haftung für die Verletzung der Annahmeverpflichtung (§§ 433 Abs. 2, 640 BGB) hält er dagegen für zulässig, sofern gleichzeitig dem Lieferanten das Recht gegeben wird, sich seinerseits vom Vertrag loszusagen[102]. Dem ist zuzustimmen.
Wie sieht die Interessenlage beim Arbeitskampf im Bereich des EKB-Verwenders aus, der zur Annahmestörung beim EKB-Verwender führt? Selbst wenn man diesen Fall arbeitskampfbedingter Nichtannahme nicht den Regeln des Annahmeverzugs unterwirft[103] und dementsprechend den strikten Gläubigerverzug zugunsten einer Zurechnung nach Risikosphären auflockert[104], muß diese Annahmestörung doch eindeutig dem Risikobereich des EKB-Verwenders zugeordnet werden[105]. Dabei kommt es nicht darauf an, daß auch der EKB-Verwender in der Regel diesen Arbeitskampf nicht zu vertreten hat[106]. Das Maß der Risikobeteiligung des

---

99) AcP 174, 202 ff.; ders. BB 1974, 1493 ff.
100) AcP 174, 211 f.; BB 1974, 1494 f.
101) BB 1974, 1498; ebenso: Staudinger-Schlosser AGBG § 10 Nr. 3 Rdn. 20; Kötz MüKo AGBG § 10 Nr. 3 Rdn. 16
102) BB 1974, 1498
103) Hueck-Nipperdey-Säcker II/2 S. 957; a.A.: Löwisch AcP 174, 202 (253 f.); Staudinger-Löwisch § 293 Rdn. 13; Hohn DB 1965, 501 (503); Esser JZ 489 (490, 493)
104) Enneccerus-Lehmann S. 242 f.; Esser-Schmidt S. 259 ff.; Fikentscher S. 228 f.; Palandt-Heinrichs § 293 Anm. 2 b
105) Löwisch AcP 174, 202 (254)
106) Hueck-Nipperdey-Säcker II/2 S. 956; Dohnau S. 23 ff.; Löwisch BB 1974, 1495 f.

Bestellers reicht weiter. Ihm ist die "Risikoverantwortung für in jeder Beziehung 'unverschuldete', ja sogar unverursachte, aber sphäreneigene Leistungsstörungen" zugewiesen[107]. Der Lieferant hätte damit in jedem Fall Anspruch auf die Gegenleistung unter Anrechnung von etwa anderweitig Erspartem, und zwar im Fall blosser Verzögerung der Annahme durch den Arbeitskampf gemäß § 324 Abs. 1 BGB bzw. § 645 BGB[108], im Fall der Unmöglichkeit der Leistung infolge der arbeitskampfbedingten Annahmestörung[109] gemäß § 645 BGB bzw. § 645 BGB analog. Diese Regelung stellt einen so wesentlichen gesetzlichen Grundgedanken dar[110], daß sich ein formularmäßiges Rücktrittsrecht des EKB-Verwenders ohne Verpflichtung einer anteiligen Entgeltszahlung an den Lieferanten damit nicht vereinbaren läßt. Dies muß nach dem zuvor Entwickelten unabhängig davon gelten, ob die Annahmestörung nur zu einer Lieferverzögerung[111] führt oder ob inzwischen Zweckvereitelung oder Zweckerreichung während der Annahmestörung eingetreten ist. Soweit diese EKB-Klauseln dem EKB-Verwender ein Rücktrittsrecht für den Fall einer arbeitskampfbedingten Annahmestörung zubilligen, sind sie gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unwirksam.

Ein Aufschubsrecht des EKB-Verwenders für die Dauer der arbeitskampfbedingten Annahmestörung ist jedoch wirksam. Es schützt den Besteller vor

---

107) Beuthien "Zweckerreichung" S. 87
108) Palandt-Heinrichs § 324 Anm. 2 c, d; Esser-Schmidt S. 260;
109) man denke z.B. an den arbeitskampfbedingten Stillstand von Aluminiumschmelzöfen, der infolge der Erkaltung zu ihrer Zerstörung führt
110) Esser-Schmidt S. 259 ff.; Palandt-Heinrichs § 275 Anm. 1 d
111) zumindest für diesen Fall zustimmend: Schlosser/Coester-Waltjen AGBG § 10 Nr. 3 Rdn. 33, 50

vorzeitigen Entgeltansprüchen des Lieferanten und beläßt dem Lieferanten neben seinem Lieferrecht, das bei Arbeitskämpfen durchaus absehbar ist, auch seinen Anspruch auf das entsprechende Entgelt[112].

Die zu dem Rücktrittsrecht des EKB-Verwenders bei arbeitskampfbedingten Annahmestörungen entwickelten Grundsätze liefern auch den Maßstab für die Beurteilung der weiteren neben der Höheren Gewalt angeführten Hinderungsfälle.

Betriebsstörungen und Betriebseinschränkungen, gleich welcher Art, sind noch eher der Sphäre des EKB-Verwenders zuzurechnen. "Noch eher" deshalb, da hierbei zunächst die Vermutung naheliegt, es handle sich von vorneherein um ein vom Besteller zu vertretendes Ereignis. Der Unternehmer selbst ist Herr über den Fertigungsablauf und die künftige Fertigungsplanung. Auch Betriebseinschränkungen und "ähnliche Fälle, welche eine Verringerung des Verbrauchs zur Folge haben", sind im wesentlichen vom Unternehmer beeinflußbare und von ihm zu verantwortende Tatbestände. Denn ihm obliegt und gebührt die Investitions- und Absatzplanung, er trägt das Risiko des Absatzerfolgs.

Ein Rücktrittsrecht ist schon aus den zu den arbeitskampfbedingten Annahmestörungen entwickelten Grundsätzen unwirksam, § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG.

---

112) siehe oben Seite 54 und Seite 59

Ein Aufschubsrecht dagegen ist dort zuzulassen, wo der EKB-Verwender das zur Annahmestörung führende Ereignis nicht zu vertreten hat[113].

Dies führt dazu, daß diese Klauseln (entsprechend) einschränkend ausgelegt werden müssen, § 5 AGBG.

Dagegen sind Auffangklauseln wie

> "und sonstige Umstände, die wir nicht zu vertreten haben"

unwirksam. Sie sind zu unbestimmt und lassen daher weder ihre sachliche Rechtfertigung noch das Risiko des Vertragspartners von vorneherein erkennen[114].

Nach dem Vorhergesagten sind auch die nachfolgenden Regelungen, die völlig von der Höheren Gewalt oder ihr gleichgestellten Ereignissen losgelöst sind, unwirksam:

> "Sofern uns Absatzschwierigkeiten während der Laufzeit einer Bestellung zu einer erheblichen Verminderung unserer Fertigungsstückzahlen nötigen, können wir durch schriftliche Erklärung, die spätestens 14 Tage vor den vereinbarten Lieferzeiten beim Lieferer eingehen muß, vom Vertrag zurücktreten oder die Liefermenge reduzieren und den Lieferzeitpunkt hinausschieben".

---

113) Löwe/v. Westphalen AGBG § 9 Rdn. 101; Staudinger-Schlosser AGBG § 10 Nr. 3 Rdn. 19 i.V.m. § 11 Nr. 7 Rdn. 56; großzügiger anscheinend Ulmer/Brandner AGBG § 10 Nr. 3 Rdn. 9, 17

114) Schlosser/Coester-Waltjen AGBG § 10 Nr. 3 Rdn. 45; Ulmer/Brandner AGBG § 10 Nr. 3 Rdn. 17

> "Der Besteller ist, auch wenn kein Verzug vorliegt, berechtigt, den Vertrag zu sistieren oder zu annullieren, wenn und soweit der Kunde des Bestellers seine Bestellung annulliert oder ändert, an der Abnahme der Lieferung des Bestellers dauernd oder vorübergehend behindert ist, seine Zahlungen einstellt oder Zahlungseinstellung zu befürchten ist oder der Lieferer grob gegen die vertraglichen Vereinbarungen verstößt".

Die nachfolgende Klausel verwendet den Begriff "außergewöhnliche Umstände":

> "Kann die ... die Ware zum Liefertermin infolge außergewöhnlicher Umstände nicht abnehmen, so ist sie berechtigt, nach ihrer Wahl einen späteren Liefertermin festzulegen".

Ein Maßstab für diese Außergewöhnlichkeit eines Umstands wird jedoch nicht gegeben.

Der Bundesgerichtshof[115)] hat zwar die in einer Klausel angeführten Begriffe "Höhere Gewalt" und "sonstige unvorhersehbare Ereignisse" nebeneinandergestellt und zugelassen. Dem ist die vorstehende Klausel aber nicht vergleichbar. Hier liegt kein Bezug zur Höheren Gewalt vor, außerdem wird nicht daneben auf Unvorhersehbarkeit und Unvermeidbarkeit, sondern allein auf den isoliert nicht ausreichenden Begriff "außergewöhnliche Umstände" abgestellt. Das könnten auch unvorhergesehene, ja selbst vermeidbare Ereignisse sein. Nun gewährt

---

115) BB 1970, 466

diese Klausel dem EKB-Verwender zwar ohnehin nur ein Aufschubs- und kein Rücktrittsrecht. Sie ist aber dennoch unwirksam, da sie zu unbestimmt ist[116].

In der folgenden Klausel wird auf die Änderung der zum Bestellzeitpunkt "maßgebenden wirtschaftlichen Verhältnisse" abgestellt:

> "Ändern sich die zum Bestellzeitpunkt maßgebenden wirtschaftlichen Verhältnisse nach unserem Ermessen wesentlich, sind wir befugt, den Zeitpunkt der Lieferung um mindestens 5 Monate aufzuschieben, ohne daß der Lieferant vom Vertrag zurücktreten oder Schadensersatzansprüche geltend machen kann".

Auch dieser Begriff ist zu unbestimmt. Hinzu kommt, daß sich der EKB-Verwender allein die Beurteilung vorbehält, ob eine solche Änderung eingetreten sei. Damit ist diese Klausel aus den vorstehend entwickelten Grundsätzen ebenfalls unwirksam.

In einer Reihe von Klauseln behalten sich EKB-Verwender bei Vorliegen bestimmter Ereignisse ein Rücktritts- bzw. Aufschubsrecht vor, ohne allerdings dabei auf Höhere Gewalt Bezug zu nehmen.

Die nachstehende Klausel ist nach den bereits zu den Arbeitskampfmaßnahmen und Betriebsstörungen entwickelten Grundsätzen[117] mit der Einschränkung wirksam, daß es sich um vom EKB-Verwender nicht zu vertretende Ereignisse handeln muß:

---

116) Schlosser/Coester-Waltjen AGBG § 10 Nr. 3 Rdn. 45; Ulmer/Brandner AGBG § 10 Nr. 3 Rdn. 17

117) siehe oben Seite 60 ff.

"Umstände, die wir nicht zu vertreten haben, wie Arbeiterausstände, Betriebsstörungen, Betriebseinschränkungen und ähnliche Fälle, die eine Verringerung des Verbrauchs zur Folge haben, befreien uns für die Dauer der Störung von der Abnahme. Der Lieferer ist in diesem Falle berechtigt, vom Vertrag zurückzutreten".

Die Klausel ist auch insoweit mit der vorstehenden Einschränkung hinsichtlich des Verschuldens zulässig, als auf "ähnliche Fälle, die eine Verringerung des Verbrauchs zur Folge haben" abgehoben wird. Ein Auffangtatbestand ist nämlich immer dann zuzulassen, wenn sichergestellt ist, daß er nur solche Gründe umfasst, die als sachlich gerechtfertigt angesehen werden können[118]. Das ist hier der Fall.

8. Vertragsstrafen

Neben Bestimmungen über Lieferverzögerung werden häufig Vertragsstrafeklauseln wie die nachfolgenden vorgesehen:

"Kommt der Lieferer in Verzug, so ist der Besteller ohne Nachfristsetzung und nach seiner Wahl berechtigt, unbeschadet weitergehender Schadensersatzansprüche, eine Vertragsstrafe von 1/2% des Bestellwertes pro angefangener Woche, höchstens 5 % des Bestellwertes und/oder Lieferung zu verlangen und/oder vom Vertrag zurückzutreten".

---

118) Schlosser/Coester-Waltjen AGBG § 10 Nr. 3 Rdn. 45

"Bei Lieferverzug können wir eine Vertragsstrafe von 0,5 % des Auftragswertes pro Tag geltend machen. Schadensersatzansprüche bleiben unberührt".

Vertragsstraferegelungen in EKB sind zulässig[119].

Die Strafe ist verwirkt, wenn der Lieferant in Verzug kommt. Dies entspricht § 339 Satz 1 BGB. Die Beweislast für den behaupteten Mangel des Verschuldens am nicht rechtzeitigen Eintritt der Leistung trifft den Lieferanten[120]. Schon das Gesetz (§§ 340 Abs. 2 S. 2, 341 Abs. 1 BGB) läßt die Geltendmachung weitergehender Schadensersatzansprüche zu. Unwirksam allerdings ist die Bestimmung in AGB, wonach sich der Gläubiger die Strafe und Schadensersatz in voller Höhe nebeneinander versprechen läßt[121]. Dementsprechend sind die neben Vertragsstrafeversprechen vorbehaltenen Schadensersatzansprüche einschränkend auszulegen. Unbedenklich ist es dagegen, ein Vertragsstrafeversprechen mit einer Verwirkungsabrede so zu verbinden, daß statt des Wahlrechts gem. §§ 340, 341 BGB bei nichtgehöriger Erfüllung zwar die Vertragsstrafe verfällt, gleichzeitig aber auch das Vertragsverhältnis insgesamt aufgehoben werden kann[122].

Oft wird das Erfordernis des Verschuldens der verzögerten Erfüllung wegbedungen:

---

119) Kötz MüKo AGBG § 11 Rdn. 51; Löwe/v. Westphalen AGBG § 11 Nr. 6 Rdn. 11; Palandt-Heinrichs AGBG § 11 Anm. 6 b; Schlosser/Coester-Waltjen AGBG § 11 Nr. 6 Rdn. 21; Thamm/Hesse BB 1979, 1583 (1584); Wilken S. 141 f.; Staudinger-Schlosser AGB § 11 Nr. 6 Rdn. 26

120) RG LZ 1921, 140; JW 1914, 73

121) BGHZ 63, 256; Lindacher, S. 188 f.; Koch-Stübing AGBG § 9 Nr. 19; Schmidt-Salzer AGB 1977 F 218; Stein AGBG § 11 Anm. 49; Thamm/Hesse BB 1979, 1583 (1585); a.A. wohl Staudinger-Kaduk § 340 Rdn. 31

122) Staudinger-Kaduk BGB § 340 Rdn. 3; Erman-Westermann BGB § 340 Anm. 1

"Bei Überschreitung desselben kommt der Lieferer ohne weitere Mahnung in Verzug. In diesem Fall sind wir berechtigt, ohne Nachfrist 0,5 % je angefangener Woche, höchstens bis 5 % des Bestellwertes als Vertragsstrafe geltend zu machen".

"Soweit ein Termin im Bestellschreiben ausdrücklich als pönalisierter Termin bezeichnet ist, können wir pro angefangener Woche der Terminüberschreitung eine Vertragsstrafe in Höhe von 0,8 %, maximal jedoch 8 % des Auftragswertes ohne Rücksicht darauf geltend machen, ob wir uns dieses Recht bei Annahme der Erfüllung vorbehalten haben".

"Bei Terminüberschreitungen sind wir berechtigt, für jede volle Woche Terminüberschreitung eine Konventionalstrafe von 1 % in Höhe des Auftragsvolumens zu fordern".

"Bestehen wir auf Erfüllung, so sind wir - auch im Falle des Absatzes 1 - berechtigt, für jede angefangene Woche Lieferzeitüberschreitung eine Vertragsstrafe in Höhe von 3 % des Lieferwertes (Faktura-Endbetrag) ausschließlich Mehrwertsteuer zu fordern; weitere Ansprüche sind vorbehalten".

§ 339 Satz 1 BGB enthält zwar insoweit nachgiebiges Recht, so daß auch eine Verwirkung der Vertragsstrafe vereinbart werden kann, wenn der Lieferant die Verzögerung bzw. das Unterbleiben der Leistung nicht zu vertreten hat[123]. Der Bundesgerichtshof[124] hat sogar einen solchen Verschuldensausschluß in einer formularmäßigen Konnossementsklausel zugelassen. Da dieser Entscheidung ersichtlich ein Sonderfall zugrunde liegt, läßt sich aus ihr aber kein genereller

123) RGZ 79, 40; BGH NJW 1958, 1483; Staudinger-Kaduk § 339 Rdn. 3; Beuthien "Festschrift f. Larenz" S. 495 (500); Erman-Westermann BGB § 339 Anm. 2; Larenz "Schuldrecht" Allgem.T. § 24 II a; Palandt-Heinrichs AGBG § 11 Anm. 6 b; Staudinger-Kaduk BGB § 339 Rdn. 16; a.A. Lindacher a.a.O. S. 91 f., der das Verschuldenserfordernis für zwingend hält

124) BGHZ 72, 174 (178 ff.); siehe auch OLG Hamburg VersR 1976, 1033

Schluß auf andere EKB-Klauseln dieses Inhalts ziehen. Im Gegenteil. Der Bundesgerichtshof hat in dieser Entscheidung die besonderen Verhältnisse zwischen dem Verfrachter und dem befrachtenden/abladenden Spediteur im internationalen Seefrachtverkehr derart in den Vordergrund seiner Betrachtung gerückt, daß sich Parallelen zum herkömmlichen Lieferanten/Käuferverhältnis verbieten.

Es muß daher für diese EKB daran festgehalten werden, daß ein formularmäßiges Abbedingen des Verschuldenserfordernisses auch für den Fall des § 339 Satz 1 BGB nicht zulässig ist[125].

Unangemessen sind die vorstehenden Regelungen aber auch insoweit, als die Strafe nicht aus der verzögerten, sondern aus der gesamten Lieferung gerechnet wird, und soweit sie nach oben nicht begrenzt ist. Allerdings kann aus der Höhe der Vertragsstrafe für sich allein noch keine Nichtigkeit abgeleitet werden[126]. Vielmehr müssen besondere Umstände[127] oder sonstige der jeweiligen Vereinbarung wesentliche Merkmale, die der Annahme eines billigen und sachgerechten Interessenausgleichs entgegenstehen[128], hinzukommen.

---

125) siehe oben Seite 38 ff.; Schmidt-Salzer AGB 1977 Rdn. F 220; es ist bemerkenswert, daß selbst im Falle des individuellen Abbedingens des Verschuldenserfordernisses bei § 339 S. 1 BGB eine gewisse qualitative oder quantitative Berücksichtigung der Schuldfrage, je nach Lage des Einzelfalls, doch verlangt wird: Staudinger-Kaduk BGB § 339 Rdn. 16; Erman-Westermann § 339 Anm. 2

126) RGZ 64, 181; 114, 305 ff.; BGHZ 3, 193; Enneccerus-Lehmann "Schuldverhältnisse" § 37 V

127) BGHZ 3, 193

128) Staudinger-Kaduk § 343 Rdn. 15; Palandt-Heinrichs AGBG § 11 Anm. 6 b; Thamm/Hesse BB 1979, 1583 (1585)

§ 348 HGB steht der richterlichen Inhaltskontrolle formularmäßiger Vertragsstrafeklauseln und damit der Überprüfung ihrer Höhe auf Angemessenheit nicht entgegen[129]. Nicht zu beanstanden ist es, wenn in EKB das Erfordernis des § 341 Abs. 3 BGB - nämlich der Vorbehalt der Vertragsstrafe bei Annahme der Erfüllung - abbedungen wird[130]. Allerdings muß das Abbedingen deutlich erfolgen[131].

9. Pauschalierter Schadensersatz

Manchmal findet sich auch pauschalierter Schadensersatz:

> "Als Schadensersatz sind wir berechtigt, für jede angefangene Woche Lieferzeitüberschreitung eine Verzugsentschädigung von 3 % des Lieferwertes (Faktura-Endbetrag ausschließlich Mehrwertsteuer) zu fordern, soweit uns nicht der Lieferant nachweist, daß der bei uns eingetretene Schaden gering ist. Die Geltendmachung eines darüberhinaus gehenden Schadensersatzanspruchs bleibt ausdrücklich vorbehalten".

---

129) Löwe/v. Westphalen AGBG § 11 Nr. 6 Rdn. 11; Heinze NJW 1973, 2182 (2183); Schlegelberger-Hefermehl HGB § 348 Rdn. 30; Schmidt-Salzer AGB 1977 Rdn. F 219; Thamm/Hesse BB 1979, 1583 (1585); LG Frankfurt NJW 1975, 1519 (1520); anscheinend auch BGH BB 1976, 1289 (1290)

130) BGHZ 72, 222 (224); Jauernig/Vollkommer § 341 Anm. 2 a; Palandt-Heinrichs § 341 Anm. 2 und AGB § 11 Anm. 6 b unter ausdrücklicher Aufgabe seiner bis zur Vorauflage vertretenen Meinung; Söllner MüKo § 341 Rdn. 11; Thamm/Hesse BB 1979, 1583 (1585); a.A.: Heinze NJW 1973, 2182 (2183); Löwe/v. Westphalen AGBG § 11 Nr. 6 Rdn. 7 u.11; Schmidt-Salzer AGB 1977 Rdn. F 218; unklar: Ulmer/Hensen AGBG § 11 Nr. 6 Rdn. 13. Sämtliche Gegenmeinungen wurden allerdings vor Erlaß des eingangs zitierten BGH-Urteils abgegeben; gegen einen völligen Ausschluß des Vorbehalts neuerdings: OLG Karlsruhe BB 1980, 600

131) Thamm/Hesse BB 1979, 1583 (1585)

"Bei Überschreitung der Liefertermine sind wir nach unserer Wahl ohne Nachfristsetzung berechtigt, ganz oder teilweise vom Vertrag zurückzutreten, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder - sollte die Leistung trotz Überschreitung des Liefertermins für uns von Interesse sein - am Vertrag festzuhalten und - vorbehaltlich etwaiger weitergehender Ansprüche - ohne Nachweis eines konkreten Schadens 0,5 % des Gesamtbestelltwerts pro angefangener Woche, maximal 5 % des Gesamtbestelltwerts zu verlangen".

Die letztere Klausel scheint dem Lieferanten den Nachweis eines geringeren Schadens abzuschneiden. Im kaufmännischen Geschäftsverkehr ist ein solcher Ausschluß, anders als in § 11 Nr. 5 b AGBG vorgesehen, zulässig, soweit der pauschalierte Schaden zumindest am typischen Schaden orientiert ist[132]. Sonst läge eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 9 Abs. 1 AGBG vor[133].

---

132) Schlosser/Coester-Waltjen AGBG § 11 Nr. 5 Rdn. 45 und Rdn. 38; Koch/Stübing AGBG § 11 Nr. 5 Rdn. 20; Dietlein/Rebmann AGB § 11 Nr. 5 Rdn. 3

133) demgegenüber stellen die nachfolgenden Meinungen auf den tatsächlich entstandenen Schaden ab: Dittmann/Stahl AGBG § 11 Nr. 5 Rdn. 402; Löwe/v. Westphalen § 11 Nr. 5 Rdn. 21; Palandt-Heinrichs AGBG § 11 Anm. 5 b; Ulmer/Hensen AGBG § 11 Nr. 5 Rdn. 23.
In der Praxis werden sich aber keine nennenswerten Unterschiede zu der Orientierung am typischen Schaden ergeben, wobei sich allerdings letztere wesentlich besser und schneller handhaben läßt.

II. Kapitel

Preis, Lieferung und Zahlung

Von grundlegender Bedeutung ist eine eindeutige Preisvereinbarung, da sie für Lieferanten und Besteller eine wesentliche Kalkulationsgrundlage bildet.

In EKB finden sich in der Regel Bestimmungen über die Veränderlichkeit oder Unabänderlichkeit von Preisen, über deren Leistungsinhalt sowie über deren zeitliche Geltung.

1. Festpreise

Sehr häufig finden sich folgende Klauseln:

> "Unsere Auftragsvergabe erfolgt zu Festpreisen sowohl für Material als auch für Lohnkosten".
>
> "Die in der Bestellung angegebenen Preise sind Festpreise".
>
> "Vereinbarte Preise sind grundsätzlich Festpreise".
>
> "Die Preise sind Festpreise, soweit nicht eine Preisgleitklausel oder ein Preisvorbehalt ausdrücklich von uns bestätigt ist".
>
> "Die in der Bestellung angegebenen Preise sind Festpreise. Zwischenzeitliche Preiserhöhungen sind für uns unverbindlich".
>
> "Die vereinbarten Preise gelten als absolute Festpreise".
>
> "Alle in der Bestellung genannten Preise sind fest und erfahren keinerlei Schlechterstellung des Bestellers, auch nicht, wenn in den Lieferbedingungen Änderungen vorgesehen sind".

Solche Bestimmungen erscheinen zunächst überflüssig, da das BGB grundsätzlich davon ausgeht, daß als Gegenleistung ein fester Preis vereinbart ist[1]. Hinzu kommt, daß etwaige Preisgleitklauseln in ALB nicht zum Zuge kommen, da sie nicht Vertragsinhalt geworden sind, sondern von den EKB des Bestellers verdrängt wurden[2]. Damit könnte ein Lieferant Preiserhöhungen ohnehin nur nach Maßgabe der sehr restriktiv gehandhabten Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage[3] durchsetzen.

Dennoch haben solche Festpreisklauseln ihre Berechtigung, da sie der wünschenswerten Klarstellung dienen. Der Lieferant wird sich um eine abweichende Individualvereinbarung bemühen müssen oder in seine Preiskalkulation die von ihm erwarteten Kostensteigerungen bereits einbeziehen[4]. Es ist allerdings nicht zu verkennen, daß für beide Möglichkeiten in der Praxis häufig infolge des Wettbewerbs oder auch wegen der Nachfragemacht der Besteller kein oder nur wenig Spielraum besteht. Das Bedürfnis des Lieferanten nach Preisanpassungen an veränderte Verhältnisse[5] ist sicherlich anzuerkennen. Angesichts der klaren gesetzgeberischen Wertung, festen Preisen weitestgehende Geltung zu erhalten, können aber EKB-Festpreisklauseln selbst in längerfristigen Verträgen nicht über § 9 AGB-Gesetz außer Wirksamkeit gesetzt werden. Lösungswege böten sich, bei entsprechendem Sachverhalt, allenfalls über die kartellrechtliche Kontrolle der Ausübung von Marktmacht des Bestellers.

---

1) Schlosser/Coester-Waltjen AGBG § 11 Nr. 1 Rdn. 1; Löwe AGBG § 11 Nr.1 Rdn.1
2) dies ist die für die Untersuchung jeder EKB-Klausel geltende selbstverständliche Annahme
3) ausführlich hierzu: Roth MüKo § 242 Rdn. 535 ff., insbesondere Rdn. 587-591
4) Eberstein S. 28
5) BDI-Arbeitskreis WuW 1979, 660

2. Preisermäßigung

Während sich EKB-Verwender wie gezeigt gegen Preiserhöhungen des Lieferanten absichern, suchen sie andererseits häufig etwaige Kostensenkungen im Preis weitergegeben zu erhalten:

"Der Lieferer verpflichtet sich jedoch, Preissenkungen auf seinen Beschaffungsmärkten und eventuelle Verbilligungen durch Änderung der Gesetzgebung oder Rechtsprechung in vollem Umfang an uns weiterzugeben".

"Ermäßigt jedoch der Auftragnehmer seine Preise bis zum Liefertage, so kommt uns die Ermäßigung zugute".

"Sollte die Marktlage eine Abänderung unserer Listenpreise erforderlich machen, so ist der Preis entsprechend zu ermäßigen".

"Wir sind berechtigt, während der Laufzeit eines Vertrages eine Preisreduzierung insoweit zu verlangen, als wir nachweisen, daß der vereinbarte Preis dem Marktpreis nicht mehr entspricht. Kommt der Lieferer diesem Verlangen nicht nach, so sind wir berechtigt, den Vertrag aus wichtigem Grund fristlos zu kündigen".

"Preiserhöhungen werden nur anerkannt, wenn sie uns mit der Auftragsbestätigung bekanntgegeben und von uns schriftlich genehmigt worden sind. Bei wesentlicher Senkung der Gestehungskosten ist der Lieferant verpflichtet, einen entsprechenden Preisnachlass zu gewähren".

"Ermäßigt der Auftragnehmer seine Preise, so wird für noch nicht erbrachte Leistungen der im Bestellschreiben angegebene Preis jedenfalls entsprechend ermäßigt. Im übrigen sind die vereinbarten Preise Festpreise".

"Tritt vom Tage der Bestellung bis zu dem der Lieferung eine allgemeine Preissenkung für die bestellte Warengattung ein, so ist der Lieferant verpflichtet, den für den Kaufvertrag vereinbarten Preis entsprechend zu ermäßigen. Die Bestimmung gilt insbesondere für solche Aufträge, bei denen die Lieferung zu einem späteren Termin oder auf Abruf nach Bedarf vereinbart ist".

"Wir sind berechtigt, während der Laufzeit eines Vertrags eine Preisreduzierung insoweit zu verlangen, als wir nachweisen, daß der vereinbarte Preis dem Marktpreis nicht mehr entspricht. Kommt der Lieferer diesem Verlangen nicht nach, so sind wir berechtigt, den Vertrag aus wichtigem Grund fristlos zu kündigen".

"Nachträgliche Preisänderungen, auch bei von uns festgelegten Ausführungsänderungen, bedürfen stets unserer schriftlichen Bestätigung. Allgemeine Preisermäßigungen beim Lieferanten (z.B. bei Listenpreissenkungen) kommen uns jedoch zugute".

"Der Lieferant verpflichtet sich, bei Gewährung von günstigeren Preisen und Bedingungen an andere Abnehmer diese Zugeständnisse auch uns zu machen. Falls uns von anderer Seite gleichwertige Positionen zu niedrigeren Preisen angeboten werden und der Lieferant es ablehnt, diesen Preisen zu folgen, sind wir berechtigt, vom Vertragsabschluß zurückzutreten. Ein Rücktrittsrecht für bereits gelieferte und fest eingeteilte Mengen besteht nicht".

Solche Klauseln könnten z.B. dazu führen, daß eine Halbzeugfirma, die sich zur Ausschaltung eines Kursrisikos wie allgemein üblich und kaufmännischer Sorgfalt entsprechend[6] am Tage der Auftragsbestätigung durch ein Deckungsgeschäft das notwendige Metall zum Tagespreis beschafft hat, dennoch eine spä-

---

6) Stellungnahme des DIHT in BFH BStBl. III 1960, 31 (35)

tere Metallpreissenkung am Markt zugunsten des EKB-Verwenders gegen sich gelten lassen müßte. In dieser Allgemeinheit verstoßen die Preisnachlaßklauseln gegen § 9 AGB-Gesetz[7]. Denn sie wälzen einseitig das Risiko eines willkürlichen und unvorhersehbaren sowie unkalkulierbaren Preisverfalls und gleichzeitig durch die bestehende gesetzliche Begrenzung nach oben das Risiko aller Kostensteigerungen einseitig auf den Lieferanten ab. Soweit sie, wie die zuletzt angeführte, eine Meistbegünstigungsklausel darstellen, verstoßen sie zugleich gegen § 15 GWB[8].

Wollen die Besteller an etwaigen allgemeinen Listenpreissenkungen teilhaben, so können sie den jeweiligen Listenpreis am Tage der Lieferung vereinbaren. Dann allerdings müßten sie auch das Risiko bis dahin eintretender Preiserhöhungen übernehmen. Vereinbaren die Vertragspartner dagegen von vorneherein einen festen Preis, so ist ein gleichzeitiger EKB-Vorbehalt nachträglicher Preisermäßigung nur insoweit angemessen und wirksam, als in demselben Umfang auch Preiserhöhungen Berücksichtigung finden können. Solche Vereinbarungen werden sich aber nur in langfristigen Verträgen durchsetzen lassen[9].

3. Änderungen

Vereinzelt finden sich auch Irrtums- und Fehlerklauseln wie:

---

7) Müller/Scholz/Schreven S. 17; Thamm/Hesse BB 1979, 1583 (1587); BDI Verlautbarung März 1969 in Eberstein S. 81 Nr. 4; BDI-Arbeitskreis WuW 1979, 660 Nr. I 1; ähnlich schon Hase S. 68

8) KG WuW/E OLG 2240 (nicht rechtskräftig); BKartA in WuW/E BKartA 1584; Tätigkeitsbericht 1975, 6; anders noch in den Tätigkeitsberichten 1966, 51 und 1974, 69

9) angesichts der in der Praxis vorherrschenden Einkaufspraktiken, die Thamm/Hesse BB 1979, 1583 (1587) anschaulich beschreiben

"Bei offensichtlichen Irrtümern, Schreib- und Rechenfehlern besteht für uns keine Verbindlichkeit".

Durch die Beschränkung auf "offensichtliche" Irrtümer und Fehler ist die Klausel bestimmt genug und wirksam[10].

Scharf zu trennen ist davon der nachstehende Änderungsvorbehalt:

"Wir sind jederzeit berechtigt, bei noch nicht bzw. bei noch nicht voll erfüllten Bestellungen Änderungen hinsichtlich Konstruktion, Liefermenge und Lieferzeit zu verlangen".

Eine solche formularmäßig eingeräumte Möglichkeit, jederzeit und ohne Vorliegen eines sachlich angemessenen Grundes auf den bestehenden Vertrag einwirken und damit von ihm ganz oder teilweise zurücktreten zu können, ist in jedem Falle unwirksam[11].

4. Leistungsinhalt

Was alles mit dem Preis abgegolten sein soll, ist in den einzelnen EKB oft recht unterschiedlich festgelegt:

---

10) AG Gießen NJW 1975, 1929 und Anmerkung Lopau ebenda; dagegen wären Klauseln, die allgemein die Berichtigung von Kalkulationsirrtümern und Rechenfehlern ermöglichen sollen, gemäß § 4 AGBG unwirksam: Staudinger-Schlosser AGBG § 4 Rdn. 7

11) Staudinger-Schlosser AGBG § 10 Nr. 3 Rdn. 27; Ulmer/Brandner AGBG § 10 Nr. 3 Rdn. 17

"Sämtliche öffentlichen Abgaben wie z.B. Steuern, Zölle, Stempelkosten usw. trägt der Lieferant".

"Ist keine besondere Vereinbarung getroffen, verstehen sich die Preise frei unseren Werken einschließlich Verpackung".

"Soweit nicht anders vereinbart, gelten die Preise für Lieferungen frachtfrei Verwendungsstelle einschließlich Verpackung".

"Preise sind Festpreise; diese verstehen sich frei unseren Werken gemäß Incoterms 1953 einschließlich der Verpackung".

"Sofern nichts abweichendes vereinbart ist, verstehen sich die Preise frei den von uns angegebenen Bestimmungsorten einschließlich Verpackung und sonstiger Spesen".

"Die Preise verstehen sich frei dem in unserer Auftragserteilung benannten Empfangsort einschließlich Verpackung, Korrosionsschutz und Fracht. Wird ein Preis ab Werk oder ab Lager vereinbart, übernehmen wir nur die günstigsten Frachtkosten. Alle bis zur Übernahme an den Frachtführer entstehenden Kosten - einschließlich Beladung und Rollgeld - trägt der Verkäufer".

"Sie gelten für die Lieferung frei dem von uns angegebenen Bestimmungsort einschließlich Verpackung und Transportversicherung".

"Die Preise sind Festpreise und gelten frei der von uns benannten Empfangsstelle. Verpackungs- und Versicherungskosten werden nur dann gesondert vergütet, wenn dies ausdrücklich vereinbart ist. Sie sind uns bei frachtfreier Rücksendung der Verpackung gutzuschreiben".

"Die Preise verstehen sich frei Empfangsstelle einschließlich Verpackung und Frachtkosten. Wird ausnahmsweise ein Preis "ab Werk" oder "ab Lager" vereinbart, übernehmen wir nur die günstigsten Frachtkosten. Alle bis zur Übergabe an den Frachtführer entstehenden Kosten - einschließlich Beladung und Rollgeld - trägt der Lieferant".

"Die genannten Preise enthalten Verpackungs- und Frachtkosten frei Empfangsstelle. Sofern ein Preis "ab Werk" oder "ab Lager" vereinbart ist, übernehmen wir nur die günstigsten Frachtkosten - alle bis zur Übergabe an den Frachtführer entstehenden Kosten, einschließlich Beladung und Rollgeld, trägt der Auftragnehmer. Sämtliche Materialien sind bei unserem Vertragsspediteur anzuliefern. Durch Ablieferung an eine andere Stelle entstehende Rollgelder usw. gehen zu Lasten des Auftragnehmers".

"Mit diesen Preisen sind alle Lieferungen, Leistungen und Nebenleistungen abgegolten, die nach den Angebotsunterlagen und Zeichnungen und Katalogen des Verkäufers zur abnahmefähigen Herstellung der in dem Vertrag genannten Gesamtleistung gehören".

"Mangels anderweitiger Angaben gilt die Mehrwertsteuer als im Preis eingeschlossen".

"Die Preise verstehen sich, soweit keine anderen Vereinbarungen getroffen sind, ausschließlich Verpackung".

"Die Mehrwertsteuer wird zusätzlich vergütet, wenn sie gesondert ausgeworfen ist, andernfalls gehen wir davon aus, daß sie im Preis enthalten ist".

Die Vielfalt dieser Bestimmungen soll aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß gerade Preisabsprachen einschließlich der Regelung von Verpackung und Fracht als Hauptbestandteile eines Vertrages in der überwiegenden Zahl der Fälle individuell getroffen werden, so daß die vorstehenden Klauseln schon im Regelfall nur subsidiär wirken. Das drückt nachstehende Klausel richtig aus:

> "Bezüglich des Preises, der Preisstellung, des Versandes, der Zahlungsbedingungen und der Garantieleistungen gelten die besonderen Bedingungen unseres Auftragschreibens. Fehlen diese Vorschriften, so gilt folgendes: Die vereinbarten Preise gelten ab Lieferwerk als Festpreise einschließlich Verpackung".

Allerdings bleiben insgesamt doch Ansatzpunkte zur Kritik. Soweit in Individualvereinbarungen Lieferklauseln wie z.B. "ab Werk"[12] vereinbart werden, sind hierfür die handelsüblichen Auslegungsmaßstäbe[13] über deren Inhalt anzuwenden. Etwa davon abweichende Inhalte in EKB, wie man sie bei den vorstehenden "ab Werk"-Klauseln gerade hinsichtlich des eigentlich vom Besteller[14] zu tragenden Rollgelds und der Beladungskosten findet, können schon als überraschende Klauseln gemäß § 3 AGB-Gesetz keine Wirkung entfalten, da sie der Klausel abweichend von ihrem äußeren Erscheinungsbild einen qualitativ anderen Charakter geben[15].

5. Nachbestellungen

Vereinzelt finden sich Klauseln über Nachbestellungen:

---

12) hierzu: Schlegelberger-Hefermehl HGB § 346 Rdn. 59
13) Schlegelberger-Hefermehl HGB § 346 Rdn. 57 ff.; Ratz in Großkomm. HGB § 346 Rdn. 227 ff.
14) Schlegelberger-Hefermehl HGB § 346 Rdn. 59; Incoterms 1953 Nr. 1, abgedruckt bei Schlegelberger-Hefermehl § 346 Rdn. 55
15) Ulmer AGBG § 3 Rdn. 20; Löwe/Trinkner AGBG § 3 Rdn. 12f.

"Nachbestellungen sind zu den Konditionen des Hauptauftrags auszuführen".

Soweit unter "Konditionen" die allgemeinen Bedingungen, auch die etwaigen AGB des Hauptauftrags zu verstehen sein sollen, wäre die Klausel wirksam. Denn auf Nachbestellungen erstrecken sich ohnehin schon im Zweifel die Bedingungen der Erstbestellungen[16]. Allerdings ist hier der Begriff "Konditionen" nicht eindeutig verwendet. So läßt sich nicht ausschließen, daß der EKB-Verwender auch den Preis und sogar den ursprünglichen Liefertermin miterfassen will. Das wäre unangemessen. Die Klausel ist daher insgesamt unwirksam.

6. Sicherung der Versorgung

Daneben finden sich Klauseln unterschiedlicher Reichweite über die Sicherung einer längerfristigen Versorgung des Bestellers. Teilweise wird auf die Fertigungsmittel abgestellt:

"Fertigungsmittel, die der Lieferer herstellt oder beschafft, dürfen vor Ablauf von 15 Jahren nach Auslieferung der letzten Ware nur mit unserer schriftlichen Zustimmung verschrottet werden. In jedem Falle ist die Verschrottung uns vorher anzuzeigen".

---

16) BGH BB 1965, 435; Schlosser AGBG § 2 Rdn. 36 u. 84; Schmidt-Salzer AGB 1977 Rdn. D 92; Ulmer AGBG § 2 Rdn. 69; Löwe/v. Westphalen AGBG § 2 Rdn. 38

"Fertigungsmittel, die der Lieferant herstellt oder beschafft, hat dieser vom Zeitpunkt der letzten Serienfertigung an, über einen Zeitraum von 10 Jahren für den Ersatzbedarf einsatzbereit zu halten. Er hat uns auf unser Verlangen mit den unter Verwendung dieser Fertigungsmittel herzustellenden Gegenständen zu beliefern".

Die erste Klausel ist unbedenklich, da sie nur die Aufbewahrungspflicht für das Fertigungsmittel, also das Werkzeug selbst, und die vorherige Anzeige seiner Verschrottung vorsieht.

In der zweiten Klausel wird darüber hinaus eine langfristige Einsatzbereitschaft und Lieferpflicht festgelegt. In dieser Allgemeinheit ist eine solche Klausel zu weitgehend und daher unangemessen[17]. Die Verpflichtung gilt nämlich pauschal für jede vom Besteller bezogene Ware, ungeachtet ihres Einsatzzwecks. Auf die Entscheidung des Bestellers, ob er die Lieferbereitschaft des Lieferanten überhaupt in Anspruch nimmt, hat der Lieferant weder einen Einfluß noch einen Anspruch. Er kann noch nicht einmal erkennen, ob der Besteller die Lieferbereitschaft überhaupt die ganze Zeit benötigt, da der Besteller nicht verpflichtet wird, sein vorzeitiges Desinteresse an weiterer Lieferbereitschaft mitzuteilen. Die Folge einer solchen Klausel ist also eine einseitige, langfristige, kostenintensive und risikohafte Bindung des

---

17) Staudinger-Schlosser AGBG § 9 Rdn. 130 hält ebenfalls garantierte Folgegeschäftsvereinbarungen für unangemessen, "so wenn es etwa heißt, daß sich der Vertragspartner über viele Jahre hinweg wegen eines Ersatz- oder Ausweitungsbedarfs lieferbereit halten müsse"

Lieferanten, die dem Besteller dagegen sämtliche Wege anderweitiger Versorgung und Entwicklung ohne Kostenersatz für den vorhaltenden Lieferanten läßt.

Die folgende Klausel beschränkt sich auf eine "angemessene" Zeit:

> "Der Auftragnehmer verpflichtet sich, die Ersatzteilversorgung für eine von uns vorgegebene, angemessene Zeit nach letzter Serienlieferung auf der Basis dieser EKB in der von uns verlangten Form sicherzustellen. Eine Änderung der zuletzt bestehenden Konditionen und Preise bedarf unserer Zustimmung, die nicht erteilt wird, wenn die verlangten Änderungen unangemessen sind".

Dafür ist aber wieder keine Beschränkung auf bestimmte Waren vorgenommen, sondern lediglich auf eine Serienlieferung des Lieferanten abgestellt. Vor allem wird der Lieferant in seiner Preis- und sonstigen Konditionengestaltung langfristig stark beschränkt, ohne auf der anderen Seite den tatsächlichen Bedarf des Bestellers und damit eine verläßliche Kalkulationsgrundlage zu kennen. Die Angemessenheitsklausel im letzten Satz beschränkt den Lieferanten in seiner Freiheit, in seiner Preis- und Konditionengestaltung auch andere, nicht unter Angemessenheitsgesichtspunkten zu bewertende Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Außerdem erfolgt die Prüfung der Angemessenheit von Änderungsverlangen nicht durch beide Vertragspartner, sondern bleibt allein dem EKB-Verwender vorbehalten. Damit ist die ganze Klausel unangemessen und gemäß § 9 Abs. 1 AGB unwirksam.

Die nachstehende Klausel enthält wieder eine feste Versorgungsfrist:

> "Der Lieferant von Waren, die von ... unverarbeitet oder verarbeitet weiterveräußert werden, verpflichtet sich, bei Bauelementen mindestens 8 Jahre nach der letzten Lieferung für die Serienfertigung an ... noch Nachbestellungen auszuführen und bei zusammengesetzten Waren mindestens für den gleichen Zeitraum Ersatzteilbestellungen auszuführen".

Sie beschränkt die Verpflichtung des Lieferanten jedoch auf bestimmte erkennbare Erzeugnisse. Die Verpflichtung "auszuführen" bedeutet auch nicht die Aufrechterhaltung einer ständigen Einsatzbereitschaft, sondern nur die Bereitschaft dem Grunde nach zu liefern. Eine Beschränkung in den Konditionen und Preisgestaltung besteht nicht. Dagegen kann der Lieferant auch hier nicht überblicken oder gar beeinflussen, ob überhaupt ein Bedarf besteht und wie groß ein etwaiger Bedarf des Bestellers sein wird. Dennoch ist die Klausel nach ihrem Gesamtbild nicht unangemessen.

Teilweise werden mit solchen Versorgungsklauseln Schadensersatz- und Rücktrittsansprüche verknüpft:

> "... Der Lieferer haftet für jeden uns aus der Nichtbeachtung dieser Vorschriften entstehenden Schaden".

> "Zuwiderhandlungen verpflichten zum vollen Schadensersatz und berechtigen uns zum Rücktritt von allen geschlossenen Lieferungsverträgen".

Den verwendeten Begriffen "Nichtbeachtung" und "Zuwiderhandlungen" ist zu entnehmen, daß die EKB-Verwender insoweit jeweils schuldhafte positive Vertragsverletzungen gemeint haben. Gegen die Schadensersatzregelungen bestehen daher keine Bedenken. In der zweiten Klausel erhält der Besteller jedoch noch das Recht zum Rücktritt von allen mit dem Lieferanten geschlossenen Lieferungsverträgen. Auf die Schwere und Tragweite der Zuwiderhandlung und den Grad des Verschuldens soll es dabei nach dem Wortlaut der Klausel nicht ankommen. Ein derartig weitreichendes Risiko des Lieferanten, auch wegen kleinster von ihm zu vertretender Zuwiderhandlungen die gesamte Geschäftsverbindung zu verlieren, selbst wenn eine solche Zuwiderhandlung auf seine Leistungen der anderen Verträge nicht einwirkt, ist grob unbillig und damit gemäß § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz insgesamt unwirksam.

7. Zahlungsbedingungen

Neben dem Preis sind die Zahlungsbedingungen häufig Gegenstand von Individualvereinbarungen unter den Vertragsparteien, insbesondere Zahlungsfristen[18] und damit ein verbundenes Skontierungsrecht[19]. Vor allem im Auslandsgeschäft werden noch regelmäßig im Einzelfall das oder die zugelassenen Zahlungsmittel und die Währung, in der die Zahlungsverpflichtung zu erfüllen ist, vereinbart.

Als lückenausfüllenden und klarstellenden Regelungen kommt jedoch den hierüber aufgestellten EKB-Klauseln beträchtliche Bedeutung zu.

---

18) eingehend: Ratz in Großkomm. HGB § 346 Rdn. 158
19) eingehend: Ratz in Großkomm. HGB § 346 Rdn. 159

a) Beginn des Laufs von Zahlungsfristen

Während in ALB für den inländischen Geschäftsverkehr der Lauf von Zahlungsfristen meist an das Rechnungsdatum oder das Versanddatum[20] von Rechnung und/oder Ware geknüpft sind, legen EKB deren Beginn durchweg später:

> "Die Zahlungsfrist beginnt, sobald die Lieferung oder Leistung vollständig erbracht und die ordnungsgemäß ausgestellte Rechnung eingegangen ist".
>
> "Die Zahlung des Kaufpreises erfolgt nach Eingang der Lieferung und Erhalt der Rechnung".
>
> "Zahlungsfristen laufen von dem in der Bestellung festgelegten Zeitpunkt an. Erteilt der Lieferer die Rechnung nicht gleichzeitig mit dem Versand der Ware, so laufen die Zahlungsfristen frühestens vom Eingangstage der Rechnung an".
>
> "Zahlung erfolgt nach vertragsgemäßem Wareneingang und Eingang der ordnungsgemäßen und prüfbaren Rechnung. ..."
>
> "Die Zahlung erfolgt nach unserer Wahl innerhalb 30 Tagen nach Eingang der Lieferung netto oder innerhalb von 8 Tagen unter Kürzung von 3 % Skonto".
>
> "Die Fristen laufen ab Rechnungseingang, jedoch nicht vor Eingang der Ware bzw. bei Leistungen nicht vor deren Abnahme und, sofern Dokumentationen und Prüfungszeugnisse zum Leistungsumfang gehören, nicht vor deren vertragsgemäßer Übergabe an uns".
>
> "Sofern nichts anderes vereinbart ist, erfolgt die Zahlung einschließlich Mehrwertsteuer nach Wahl des Auftraggebers ..., jeweils gerechnet nach Rechnungs- und vollständigem Wareneingang. Als Datum des Rechnungseingangs gilt das Datum des Eingangsstempels der im Bestellschreiben besonders gekennzeichneten Anschrift des Auftraggebers".

---

20) Ratz in Großkomm. HGB § 346 Rdn. 158

"Maßgebend für die Fristen ist das Datum des Eingangsstempels".

"Rechnungen des Verkäufers werden, sofern keine anderen Vereinbarungen getroffen sind, netto Kasse nach Eingang und richtigem Befund der Ware auf unserem Lager bzw. auf unserem Empfangswerk, reguliert".

Für solche Fristenregelungen - seien sie nun vom Lieferanten oder vom Besteller vorformuliert - lassen sich gute Argumente vorbringen, wie eine bessere Kontrolle des Rechnungsausgangs und des damit verbundenen Zahlungseingangs auf der einen Seite, die Ausschaltung von Rechnungs- und Warenlieferungsrisiken sowie eine übersichtliche Fristenkontrolle zur Zahlungsanweisung auf der anderen Seite. Die vorgenannten Fristenregelungen sind daher durchweg wirksam.

Selbst bei der nachfolgenden, für die Abwicklung durch den Besteller sehr vereinfachenden Regelung bestehen keine Bedenken, da der damit erreichte Fristaufschub im Einzelfall nur gering ist:

"Bei laufenden Belieferungen sind wir, auch wenn für jede einzelne Lieferung eine Rechnung erteilt wird, berechtigt, unbeschadet bestehender Sonderregelungen die Zahlung jeweils am Ende einer Woche zusammenzufassen, ohne dabei den Anspruch auf Abzug des vereinbarten Skontos zu verlieren. Die zu den genannten Terminen zu zahlenden Rechnungen müssen mindestens 10 Tage früher bei uns eingehen. Geht die Ware später als die Rechnung ein, richtet sich die Skontofrist nach dem Wareneingang".

Auch gegen den verspäteten Beginn der Zahlungsfrist bei Mängelrügen des Bestellers ist nichts einzuwenden, da ihm insoweit ohnehin ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB zustünde:

"Skontoabzug ist auch zulässig, wenn der Besteller aufrechnet oder Zahlungen in angemessener Höhe auf Grund von Mängeln zurückhält; die Zahlungsfrist beginnt nach vollständiger Beseitigung der Mängel".

b) Skontofristen

Zusammen mit den Zahlungsfristen werden meist zugleich die Skontofristen[21] und die Höhe der Skontoabzugsbeträge geregelt:

"Zahlungen erfolgen, wenn nichts anderes vereinbart, innerhalb von 14 Tagen unter Abzug von 3 % Skonto oder innerhalb von 30 Tagen unter Abzug von 2 % Skonto oder innerhalb von 90 Tagen netto".

"Falls nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist, sind wir berechtigt, bei Zahlung innerhalb von 14 Tagen nach Rechnungserhalt 3 % Skonto ...".

"Zahlung erfolgt nach vertragsgemäßem Wareneingang und Eingang der ordnungsgemäßen und prüfbaren Rechnung bis zum 25. des folgenden Monats mit 2 % Skonto oder bis zu 90 Tagen netto Kasse".

---

21) zur Rechtsnatur der Skontoabrede: Staudinger-Selb BGB § 271 Rdn. 6 u. § 272 Rdn. 2; Bischoff VersR 1962, 293; OLG Hamm BB 1957, 627

"Die Zahlung erfolgt nach unserer Wahl innerhalb 30 Tagen nach Eingang der Lieferung netto oder innerhalb von 8 Tagen unter Kürzung von 3 % Skonto".

"Sofern nichts anderes vereinbart ist, erfolgt die Zahlung einschließlich Mehrwertsteuer nach Wahl des Auftraggebers am 15. des folgenden Monats mit 3 % Skonto oder innerhalb 90 Tagen in bar oder Wechseln ...".

"Soweit nichts anderes schriftlich vereinbart ist, zahlen wir innerhalb 30 Tagen mit 3 % Skonto".

Auch hier gilt natürlich der Vorrang der Individualvereinbarung. Während sich stets eine individuelle Vereinbarung des Preises findet, werden die Zahlungsbedingungen dabei nicht immer oder zumindest nicht immer umfassend individuell mitgeregelt. Wenn sich auch einheitliche Skontofristen nicht herausgebildet haben, so liegt doch in der Regel die Zahlungsfrist für Barzahlungen bei 30 Tagen und für Skontoabzüge von 2 bis 3 % bei 14 Tagen[22]. Darüber hinausgehende formularmäßige Zahlungsfristen, wie z.B. Barzahlung binnen 90 Tagen, werden zum Teil als unangemessen[23] bezeichnet, soweit ein solches Zahlungsziel nicht branchenüblich oder gar Handelsbrauch sein sollte[24]. Gerade das Fehlen einheitlicher Skontofristen gebietet in der Bewertung ausgefallener Regelung Zurückhaltung. Daher sind sämtliche vorstehenden Klauseln wirksam.

c) Sonderfälle des Skontoabzugs

Vereinzelt wird der Skontoabzug auch noch in einigen Sonderfällen zugelassen:

"Skontoabzug ist auch zulässig, wenn der Besteller aufrechnet oder Zahlungen in angemessener Höhe aufgrund von Mängeln zurückhält".

---

22) Ratz in Großkomm. HGB § 346 Rdn. 159
23) BDI Verlautbarung März 1969 in Eberstein S.81 Nr. 3; Gutachterausschuß, Gutachten 1/77 S. 15
24) Ratz in Großkomm. HGB § 346 Rdn. 158

"Verspätete Zahlungen, die ihre Ursache in nicht ordnungsgemäßen Lieferpapieren oder in unvollständigen Rechnungsangaben haben, berechtigen uns trotzdem zum jeweiligen Skontoabzug".

Diese Regelungen sind sachgerecht, sofern sich der EKB-Verwender nicht an anderer Stelle erleichterte Aufrechnungs-[25] oder Zurückbehaltungsrechte vorbehält. Hinsichtlich der Inhalte von Rechnungen und Lieferpapieren gilt diese Beurteilung des Skontoabzugs allerdings nur, soweit eindeutige Abmachungen bestehen, wie z.B. in folgenden Fällen:

"Rechnungen müssen gesondert durch Post eingesandt werden. Auf keinen Fall dürfen Rechnungen den Waren beigefügt werden".

"Alle Rechnungen in zweifacher Ausfertigung haben außer der Lieferantennummer die Bestellnummer und das Datum der Bestellung zu tragen. Rechnungen, die dies nicht berücksichtigen, werden zurückgegeben, ohne daß hierdurch Ansprüche aus Zahlungsverzug begründet werden".

"Die zu den genannten Terminen zu zahlenden Rechnungen müssen mindestens 10 Tage früher bei uns eingehen. ... Rechnungen sind uns spätestens bis zum 4. des der Lieferung oder Leistung folgenden Monats herzugeben. Rechnungen für mehrwertsteuerpflichtige Leistungen und sonstige Leistungen erkennen wir nur mit getrenntem Ausweis der Mehrwertsteuer an".

"Rechnung ist in zweifacher Ausfertigung sofort am Tage der Lieferung oder Leistung an das auftraggebende Werk zu senden. Sie muß Lieferantennummer (LN), Nummer und Datum der Bestellung, Zusatzdaten des Bestellers (Kontierung), Abladestelle, Nummer und Datum des Lieferscheins bei Warenlieferung und Menge der berechneten Waren bzw. Umfang der Leistungen, enthalten. Die Rechnung darf sich nur auf einen Lieferschein beziehen".

---

25) die Gegenforderung muß bestehen und fällig, vollwirksam und nicht durch verzögerliche oder zerstörende Einrede entkräftbar sein, Palandt-Heinrichs BGB § 387 Anm. 6

Dagegen ist die nachfolgende Bestimmung nicht wirksam:

> "Bei Zahlungen durch Wechsel oder Akzept verfällt unser Anspruch auf Skontoabzug nicht".

Hier verschafft sich der Besteller mit einer nur erfüllungshalber gegebenen Leistung einen Vorteil, der seinem Wesen nach gerade der Ansporn zu kurzfristiger Barzahlung sein soll[26]. Damit erhält er in Wirklichkeit einen weiteren Preisnachlass ohne Gegenleistung. Eine solche Regelung ist formularmäßig nicht zulässig[27] und als unangemessene einseitige Klausel gemäß § 9 AGB-Gesetz unwirksam.

8. Zahlungsmittel

Da das Gesetz über die Beschaffenheit des Gegenstands der Geldleistung nichts aussagt und gerade im Inlandsgeschäft häufig keine ausdrücklichen Parteivereinbarungen erfolgen, muß dann nach allgemeinen Grundsätzen auf die verkehrsübliche Zahlungsweise abgestellt werden[28]. Während der Gläubiger ohne vorherige Vereinbarung Wechselzahlung nicht anzunehmen braucht[29], kann er nach Treu und Glauben zur Annahme eines Schecks - wenn auch nur zahlungshalber - verpflichtet sein[30].

In der Tat ist eine geordnete schnelle Abwicklung im kaufmännischen Zahlungsverkehr ohne Einsatz von Schecks nicht mehr denkbar. Die Zahlung durch Überweisung steht der Barzahlung gleich[31].

Es ist verständlich, daß zahlreiche EKB-Verwender sich die Wahl des Zahlungsmittels ausdrücklich vorbehalten. Dies geschieht einmal pauschal:

---

26) Spitzenorganisationen der Dt.gewerbl. Wirtschaft, Aufruf Dezember 1965 in Eberstein S. 79 Nr. 8

27) Ratz in Großkomm. HGB § 346 Rdn. 159

28) Isele AcP 129, 129 (147 f.)

29) Isele AcP 129, 129(152);Würdinger/Röhricht in Großkomm. HGB vor § 373 Rdn.205

30) Staudinger-Weber § 242 BGB Bem.A 219, A446, A767,C 109; RG WarnRspr.1926 Nr.13 Isele AcP 129, 129 (158); Schlegelberger-Hefermehl HGB §346 Rdn.78 setzt sogar die Scheckzahlung der Barzahlung gleich

31) Schlegelberger-Hefermehl HGB § 346 Rdn.78

"Die Wahl der Zahlungsmittel steht uns zu".

Zum Teil wird auch die Wahl der Zahlungsmittel noch näher spezifiziert:

"Die Regulierung erfolgt in Zahlungsmitteln unserer Wahl; dies gilt auch für Scheck- und Wechselzahlungen sowie Akzeptleistungen, die sich im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen halten".

"Wechselzahlungen werden vom Lieferer genehmigt".

"Sofern nichts anderes vereinbart ist, erfolgt die Zahlung einschließlich Mehrwertsteuer nach Wahl des Auftraggebers. ... oder innerhalb 90 Tagen in bar oder Wechseln. ..."

"Wir behalten uns vor, Zahlungen in Schecks, Wechseln oder Akzepten ... zu leisten".

"Wir zahlen zum vereinbarten Fälligkeitszeitpunkt nach Erhalt der Ware in bar oder durch Akzept".

"Wir zahlen nach unserer Wahl durch Überweisung oder Überlassung eines Wechselakzeptes".

Es zeigt sich auch hier, daß die EKB-Verwender die Scheckzahlung für so selbstverständlich halten, daß sie nur noch auf den gesonderten Fall der Wechsel- und Akzeptzahlung eingehen. Aus der Sicht des Lieferanten ist es allerdings unbillig, ein in erster Linie als Kreditmittel[32] gedachtes Instrument wie den Wechsel über EKB als Zahlungsmittel zuzulassen. Dies umso mehr, als sehr viele ALB-Verwender in ihren ALB die Wechselzahlung nur aufgrund besonderer Vereinbarung zulassen. Auf der anderen Seite könnte entge-

---

32) Baumbach-Hefermehl WG Einleitung Rdn. 55; Jacobi S. 1 f.

gengehalten werden, es bleibe dem Lieferanten ja unbenommen, in Individualvereinbarungen Wechselzahlung an strengere Voraussetzungen zu knüpfen oder gar auszuschließen. Damit käme man allerdings letztlich zur Zulässigkeit jeder EKB-Klausel, da es jeweils (theoretisch) jedem Vertragspartner unbenommen bleibt, Individualvereinbarungen zu treffen. Dem Wesen der AGB ist damit aber nicht Rechnung getragen. In jedem Fall muß eine solche Wechselzahlungsklausel einschränkend ausgelegt werden. Dem Lieferanten dürfen nur solche Wechsel als Zahlungsmittel entgegengehalten werden, die dieser als Kaufmann zumutbar nicht zurückweisen kann. Dies ist bei erstklassigen Wechseln, den sog. bundesbankfähigen[33] Wechseln der Fall. Auf schlechtere Wechsel dagegen braucht sich der Lieferant mangels individualvertraglicher Abmachung auch bei einer der vorstehenden EKB-Klauseln nicht einzulassen. Das ergibt sich schon aus Treu und Glauben; einer ausdrücklichen Unterscheidung zwischen derartigen erstklassigen und schlechteren Wechseln in den EKB bedarf es daher nicht. Aus den gleichen Grundsätzen von Treu und Glauben geben die vorstehenden Wechselzahlungsklauseln dem EKB-Verwender keinen Anspruch zur Zahlung im sog. Scheck-Wechsel-Verfahren[34].

9. Wechselkosten

Einige EKB-Verwender legen zugleich auch fest, wer die Wechselspesen zu tragen hat. Soweit solche

---

33) dieser Begriff wird z.B. in § 13 Abs. 6 Gesetz über das Kreditwesen verwendet; § 19 Abs. 1 Ziff. 1 BundesbankG spricht von "guten Handelswechseln"; Baumbach-Hefermehl WG Anh. Art. Rdn. 14; Schönle "Bank- und Börsenrecht" § 13 II 1; Adler/Düring/Schmaltz Band 1 § 151 Rdn. 148 ff.

34) BGHZ 56, 264 (267 f.); OLG Hamm MDR 1967, 586; Schönle "Bank- und Börsenrecht" § 14 II 4; Jacobi S. 293 ff.; ausführlich: Serick Band IV § 42 I 5, S. 58 ff.; Ulmer/Heinrich DB 1972, 1101 ff. und 1149 ff.

Zahlungspflichten zu Lasten des EKB-Verwenders gehen, sind die Klauseln unbedenklich:

> "Wir behalten uns vor, Zahlungen in Schecks, Wechseln oder Akzepten unter Vergütung des jeweiligen Diskontsatzes, jedoch keinesfalls mehr als 0,5 % über dem am Tage der Fälligkeit gültigen Bundesbank-Diskontsatz zu leisten".

> "Werden von uns akzeptierte Wechsel in Zahlung gegeben, so vergüten wir die Wechselsteuer und einen angemessenen Diskontsatz".

Zum Teil werden derartige Kosten aber auch auf den Lieferanten abgewälzt:

> "Sofern nichts anderes vereinbart ist, erfolgt die Zahlung ... in ... Wechseln, deren Diskontspesen und Steuern zu Lasten des Auftragnehmers gehen".

Eine solche Abwälzung soll wohl auch die nachstehende Klausel beinhalten:

> "Wir behalten uns vor, Spesen und Diskont bei Kundenwechsel oder Eigenakzepten in Zahlung zu geben".

Es ist streitig[35], wer ohne ausdrückliche Abmachung derartige Kosten zu tragen hat. Das daraus herzuleitende Regelungsbedürfnis reicht zur Rechtfertigung der vorstehenden beiden Klauseln aber nicht aus. Eine solche formularmäßige Kostenabwälzung hätte nämlich in einer speziell den Preis und die Preisbildung behandelnden Klausel erfolgen müssen. Für den Lieferanten bedeutet eine solche Kostenabwälzung nämlich eine Schlechterstellung

---

35) Baumbach-Hefermehl WG Einleitung Rdn. 50 u. Anh. Art. 11 Rdn. 13

und damit eine Verringerung der vereinbarten Gegenleistung gegenüber anderen Zahlungsweisen. Schon nach dem äußeren Zuschnitt haben die vorstehenden Klauseln aber nichts mit der Preisgestaltung, sondern mit der Zahlungsweise zu tun. Mit einer darin enthaltenen nachträglichen Preisregelung muß der Lieferant nicht rechnen; beide Klauseln entfalten daher gemäß § 3 AGB-Gesetz keine Wirkung.

10. Nachnahme

Nicht zu beanstanden ist folgende Klausel:

> "Zahlung mit Nachnahme ist ausgeschlossen".

Auf Nachnahme braucht sich ein Besteller im kaufmännischen Geschäftsverkehr ohne Individualvereinbarung nicht einzulassen[36].

11. Aufrechnung

Viele EKB-Verwender behalten sich die Aufrechnung ausdrücklich vor. Während die Klausel

> "Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrechte stehen uns uneingeschränkt zu".

---

36) so schon RGZ 30, 412; RG JW 1927, 606; Ratz in Großkomm. HGB § 346 Rdn. 153

lediglich eine Abwehr einschränkender ALB beinhaltet und damit nur den gesetzlichen Regelungen Geltung verschafft, sind die nachfolgenden Bestimmungen weitergehend:

> "Wir sind berechtigt, Rechnungen unserer Verkäufer gegen Lieferungen, die wir an diese eventuell durchgeführt haben, aufzurechnen. Außerdem sind wir zur Aufrechnung mit allen Ansprüchen, die wir aus unseren EKB bei Schadensersatz, Gewährleistung usw. haben, berechtigt".

> "Wir sind berechtigt, mit jeder Gegenforderung, die uns gegen den Lieferant, gleich aus welchem Rechtsgrund, zusteht, jederzeit und uneingeschränkt gegen die Kaufpreisforderung oder sonstige Forderungen des Lieferers aufzurechnen".

Soweit sie die gesetzlichen Voraussetzungen der Aufrechnung wie Gegenseitigkeit, Gleichartigkeit der Forderungen und Fälligkeit der Gegenforderung[37] abbedingen, handelt es sich um einen Aufrechnungsvertrag[38], der allerdings - auch wenn formularmäßig zustandegekommen - unbedenklich ist.

12. Konzernverrechnung

Einige Verwender behalten sich sogar eine sog. Konzernverrechnung[39] ausdrücklich vor:

---

37) Staudinger-Kaduk § 387 Vorbem. Rdn. 61 m.w.N.
38) Staudinger-Kaduk § 387 Vorbem. 59; Palandt-Heinrichs BGB § 387 Anm. 2
39) eingehend: Brych S. 12 ff.; Börner NJW 1961, 1505; Löwe/v. Westphalen AGBG § 9 Rdn. 114; Pfeiffer-Franken NJW 1960, 1977 ff.; Schütz DR 1941, 1519 f.

"Wir sind berechtigt, auch mit Forderungen aufzurechnen, die einer Gesellschaft, an der wir mit mindestens 50% beteiligt sind, gegen den Lieferanten bzw. die dem Lieferanten gegen diesen zustehen".

"Wir sind berechtigt, Ihre Forderungen mit Gegenlieferungen und auch Gegenforderungen von Konzernunternehmen zu verrechnen".

"Der Auftragnehmer erklärt sich mit der Verrechnung seiner Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber uns und den mit uns unmittelbar oder mittelbar im Sinne des § 15 ff. AktG verbundenen Gesellschaften einverstanden. In gleicher Weise können auch Forderungen und Verbindlichkeiten der mit dem Auftragnehmer im Sinne der § 15 ff. AktG verbundenen Firmen verrechnet werden".

In einigen Konzernverrechnungsklauseln werden auch die Konzernunternehmen näher beschrieben:

"Wir sind berechtigt, mit sämtlichen Forderungen aufzurechnen, die uns gegen den Verkäufer zustehen und gegen sämtliche Forderungen, die der Verkäufer gegen die ... oder folgende inländische Gesellschaften hat, an denen die ... zum Zeitpunkt der Verrechnung mit Mehrheit beteiligt ist: ... (Es folgt eine Liste von Unternehmen)

"Der Lieferer ist damit einverstanden, daß wir unsere Forderungen gegen ihn mit Forderungen verrechnen können, die dem Lieferer gegen die ... oder die ... oder die ... oder Gesellschaften, an denen diese mit Mehrheit beteiligt sind, zustehen, und zwar auch dann, wenn die Fälligkeiten verschieden sind, oder wenn auf der einen Seite Barzahlung, auf der anderen Seite Zahlung in Wechseln vereinbart ist.

Im Gegenzug sind nur vereinzelte EKB-Verwender bereit, ebenfalls eine Konzernverrechnung seitens des Lieferanten hinzunehmen:

> "Regelungen in Lieferbedingungen des Lieferers über den Eigentumsvorbehalt und Konzernverrechnung gelten nicht als Abweichung von unserer Bestellung und werden von uns anerkannt".

Die Zulässigkeit derartiger Konzernvorbehalte richtet sich nach § 9 AGB-Gesetz[40]. Hiernach ist eine solche Regelung zumindest insoweit sachgerecht, als es sich um echte Konzernunternehmen im Sinne von § 18 AktG handelt, selbst wenn es am Erfordernis der Gegenseitigkeit der Forderungen gemäß § 387 BGB mangelt[41]. Unangemessen ist es dagegen, wenn der Verrechnungsvorbehalt auch für nicht namentlich bezeichnete Unternehmen gelten soll, an denen der EKB-Verwender lediglich mit mehr als 50 % beteiligt ist[42]. Das allein bietet nämlich dem Lieferanten noch keine Gewähr eines derartigen wirtschaftlich-organisatorischen Zusammenhangs, daß er von vorneherein keine Beeinträchtigungen zu befürchten hätte[43]. Hier muß der EKB-Verwender den Namen des anderen Berechtigten vollständig bereits bei Vertragsabschluß unaufgefordert mitteilen, damit sich der Lieferant rechtzeitig darauf einstellen kann[44].

---

40) Schlosser/Coester-Waltjen AGBG § 11 Nr. 3 Rdn. 20; a.A. Löwe/v. Westphalen AGBG § 9 Rdn. 114, der in erster Linie die §§ 3 und 4 anwenden will; zum früheren Rechtszustand:Pfeiffer-Franken NJW 1960,1977 ff.;Schütz DR 1941,1519f.

41) ähnlich Heinze NJW 1973, 2182 (2185); dagegen hat Löwe/v.Westphalen AGBG § 9 Rdn. 114 Bedenken aus der Sicht der Benachteiligung anderer Konkursgläubiger; ablehnend auch Dittmann-Stahl AGBG § 4 Rdn. 236

42) Ulmer/Hensen AGBG Anh. §§ 9-11 Rdn. 298; Pfeiffer-Franken NJW 1960, 1977 (1980); a.A.: Mittmann NJW 1973, 1108 (1109)

43) Heinze NJW 1973, 2182 (2185)

44) s.o. Fußnote 41; vgl. zur gleichen Problematik von Konzern-Klauseln beim Eigentumsvorbehalt: Mittmann NJW 73, 1108; Serick Band IV § 42 II 1, S. 65 ff.; ablehnend: Larenz, SchuldR Bes.Teil § 39 II 3

Im Rahmen der Konzernverrechnungsklauseln ist es zulässig, nicht fällige Forderungen fällig zu stellen[45], da es sich insoweit um einen Aufrechnungsvertrag handelt[46]. Voraussetzung ist dabei eine angemessene Abzinsung[47], wodurch die Interessen des Lieferanten nicht beeinträchtigt werden. Hierzu bestehen folgende Klauseln:

> "Nicht fällige Forderungen werden für den Zeitraum zwischen der Aufrechnungserklärung und der Fälligkeit mit 5 % abgezinst".

> "Sämtliche Voraussetzungen sind nach dem Zeitpunkt der Entstehung, nicht der Fälligkeit der Forderung zu beurteilen. Sind Forderungen verschieden fällig, wird mit Wertstellung abgerechnet. Die Aufrechnungsvereinbarung erstreckt sich bei Kontokorrentverhältnissen auf den Saldo".

13. Sicherheiten für Konzernunternehmen

Vereinzelt finden sich im Anschluß an Konzernverrechnungsklauseln folgende Inanspruchnahmen von Sicherheiten:

> "Der Auftragnehmer ist damit einverstanden, daß Sicherheiten, die für uns oder eine Gesellschaft bestehen, auf die sich die Aufrechnungsvereinbarung gemäß dem vorstehenden Absatz erstreckt, jeweils für die Forderungen aller dieser Gesellschaften haftet".

---

45) RGZ 104, 186 (188); BGH NJW 1970, 41; DB 1969, 2079; Erman-Westermann BGB § 387 Vorbem. 4; Staudinger-Kaduk § 387 Vorbem. Rdn. 61; Börner NJW 1961, 1505

46) BGH LM Nr. 43 zu § 387 BGB; MDR 1966, 923; Staudinger-Kaduk § 387 Vorbem. Rdn. 79; a.A. Palandt-Heinrichs BGB § 387 Anm. 2, der die Konzernverrechnungsklausel für einen Aufrechnungsvorvertrag hält; vgl. auch Brych S. 52 ff.

47) zur Berechnung: Jaeger KO § 65 Rdn. 5 ff.; Staudinger-Selb BGB § 272 Rdn.3 ff.

Eine solche Klausel geht weit über den Inhalt von Konzernverrechnungsklauseln hinaus und ist daher ohne besondere Aufklärung überraschend gemäß § 3 AGB-Gesetz. Aber selbst bei entsprechender drucktechnischer Anordnung[48] ist sie dann mit § 9 AGB-Gesetz nicht zu vereinbaren, da sie ohne Freigabeklausel[49] zu einer nicht mehr übersehbaren Dauersicherung von sämtlichen Konzernforderungen des Bestellers und damit zu einer unabsehbaren Weitläufigkeit der Haftung des Lieferanten führt.

14. Abtretungsverbot

Sehr häufig enthalten EKB Abtretungsverbote[50] hinsichtlich der Zahlungsansprüche der Lieferanten. Hierbei finden sich 3 Gruppen. Einmal gibt es kategorische Klauseln, die jegliche Abtretung verbieten:

"Forderungsabtretungen werden nicht anerkannt".

"Zahlungsabtretungen an Dritte sind ausgeschlossen".

In einer zweiten Gruppe wird eine Abtretung von der Zustimmung des EKB-Verwenders abhängig gemacht:

"Abtretungen an Dritte sind ohne unser schriftliches Einverständnis nicht zulässig".

"Zur Abtretung von Ansprüchen sowie für die Übertragung der Einziehung von Forderungen gegen uns auf Dritte bedarf der Lieferant unserer Einwilligung".

---

48) Ulmer AGBG § 3 Rdn. 17
49) Ulmer/Hensen AGBG Anh. §§ 9-11 Rdn. 657
50) Ulmer/Hensen AGBG Anh. §§ 9-11 Rdn. 1; der BGH hat derartige Klauseln unter allgemeinen Gesichtspunkten für den Warenverkehr schon mehrfach zugelassen; BGHZ 51, 113 (117); 56, 173 (175)

"Rechte aus dieser Bestellung dürfen nur im gegenseitigen Einverständnis an Dritte abgetreten werden".

"Forderungsabtretung ist nur mit schriftlicher Zustimmung des Bestellers zulässig".

"Forderungen gegen uns können nur mit unserer vorherigen schriftlichen Zustimmung an Dritte abgetreten werden".

"Für die Abtretungen von Forderungen des Lieferers gegen uns an Dritte ist unsere vorherige schriftliche Zustimmung erforderlich. Ist diese nicht eingeholt worden, so ist die Abtretung rechtlich nicht gegen uns wirksam, auch wenn wir von ihr Kenntnis erlangt haben".

"Ohne unsere ausdrückliche schriftliche Genehmigung sind die Rechte und Pflichten des Lieferers aus diesem Vertrag nicht übertragbar".

"Die Abtretung oder Verpfändung von Forderungen aus Lieferungen und Leistungen bedarf unserer vorherigen schriftlichen Zustimmung".

In der dritten Gruppe schließlich wird ebenfalls die Abtretung von der vorherigen Zustimmung abhängig gemacht. Im Gegensatz zur zweiten Gruppe wird hier aber bereits eine Selbstbeschränkung hinsichtlich einer Verweigerung der Zustimmung übernommen:

"Ohne unsere schriftliche Zustimmung kann der Lieferer seine vertraglichen Ansprüche weder ganz noch teilweise an Dritte abtreten. Die Zustimmung werden wir ohne wichtigen Grund nicht versagen".

"Ohne unsere ausdrückliche Zustimmung darf der Verkäufer seine vertraglichen Verpflichtungen und Ansprüche weder ganz noch teilweise auf Dritte übertragen. Auf Wunsch geben wir diese Zustimmung, sofern nicht unsererseits Gegenansprüche vorhanden sind, oder sonstige wichtige Gründe entgegenstehen".

Formularmäßige Abtretungsverbote sowie Klauseln, die die Wirksamkeit einer Abtretung von der Zustimmung des AGB-Verwenders abhängig machen, sind wirksam, sofern berechtigte Interessen des AGB-Verwenders dies rechtfertigen[51].

Da die beiden letzten Klauseln sich bereits auf derartige berechtigte Interessen des EKB-Verwenders beschränken, sind sie ohne weiteres wirksam.

Die Wirksamkeit der anderen Klauseln hängt von der Bewertung der Interessen der Vertragsparteien ab.

Solchen Abtretungsverboten oder -einschränkungen halten besonders kleine und mittlere Unternehmen entgegen, sie benötigten diese Forderungen als Finanzierungsmittel, insbesondere als Sicherheit für Lieferanten- und Geldkreditgeber[52]. Man hält die Verbote daher sogar für volkswirtschaftlich

---

51) BGH MDR 1977, 1012; BGH NJW 1976, 672; BGHZ 56, 173 (175); BGH WM 1970, 286; BGH BB 1969, 437; BGHZ 51, 113 (117); Schmidt-Salzer AGB 1977 Rdn. F 171 u. F 198; Staudinger-Schlosser AGBG § 9 Rdn. 46; Stein AGBG § 9 Rdn. 22; für eine generelle Zulässigkeit solcher Abtretungsverbote: Roth-MüKo § 399 Rdn. 31; ähnlich weitgehend: Löwe/v. Westphalen AGBG § 9 Rdn. 77

52) BDI Verlautbarung März 1969 in Eberstein S. 81 f. Nr. 6

unerwünscht[53]. Besonders vehement angegriffen werden diese Abtretungsverbote (naturgemäß) von Factoring-Unternehmen[54].

Auf der anderen Seite aber hat der Besteller als Schuldner ein berechtigtes Interesse daran, nicht nacheinander mehreren Gläubigern gegenüberstehen zu müssen[55], allein schon aus dem Bestreben, eine Auseinandersetzung mit verschiedenen Gläubigern und die Prüfung der Priorität verschiedener Abtretungen zu vermeiden[56]. Hinzu kommt, daß der EKB-Verwender Gegenforderungen und Gewährleistungsansprüche leichter gegen den ursprünglichen Gläubiger durchsetzen kann und dieser als Zeuge vor Gericht ausgeschlossen bleibt[57]. Dem EKB-Verwender bleibt es dadurch auch erspart, von ihm unbekannten Dritten, zu denen er keine Geschäftsbeziehungen unterhält und deren geschäftsmäßige Haltung ihm gegenüber unbekannt ist[58], in Anspruch genommen zu werden.

Demgegenüber haben die Interessen der Vertragspartner des EKB-Verwenders an der Abtretbarkeit ihrer Forderungen gegen den EKB-Verwender, z.B. zur Vornahme von Factoring-Geschäften, keinen Vorrang[59].

Sämtliche vorstehenden Abtretungsverbote sind daher wirksam.

---

53) BGHZ 51, 113 (116); Serick Band II § 24 III 2, S. 289
54) Bette in Handelsblatt vom 18./19.5.1979 S. 14
55) Ehling S. 77
56) BGH NJW 1976, 672
57) OLG Hamburg MDR 1978, 313
58) darauf weist zu Recht Heinze NJW 1973, 2182 (2185) hin
59) Löwe/v. Westphalen AGBG § 9 Rdn. 77; Staudinger-Schlosser AGBG § 9 Rdn. 46; Ulmer/Brandner AGBG Anh. §§ 9-11 Rdn. 1; Ehling S. 77; Rödl BB 1967, 1301; Serick Band IV S. 726 ff.; a.A. Blaurock Anm. zu BGH NJW 78, 1974

III. Kapitel

Gewährleistung und Haftung

Am umstrittensten sind im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen[1] seit langem vom Gesetz abweichende Gewährleistungs- und Haftungsbestimmungen gewesen, seien es nun Einschränkungen in ALB oder auch Ausweitungen in EKB[2]. Das AGB-Gesetz hat ersteren zu Recht eine enge Schranke gezogen, §§ 11 Nr. 7-11 AGBG[3].

Dagegen ist man zur Eindämmung von Erweiterungen einer Haftung über die gesetzlichen Bestimmungen hinaus, wie sich zeigen wird, weitgehend auf die Generalklauseln des AGB-Gesetzes (§§ 3,4,5,9) und des allgemeinen Rechts angewiesen. Es soll hier nicht die Frage vertieft werden, ob das AGB-Gesetz statt einer recht einseitigen Ausrichtung auf den Schutz des Letztverbrauchers[4] auch derartige Risikoverlagerungen hätte mitbehandeln sollen.

Zu unterscheiden sind hierbei Bestimmungen über die erleichterte Geltendmachung von Ansprüchen wie z.B. eine Ausdehnung von Untersuchungs- und Mängelanzeigefristen bis hin zum Ausschluß von Untersuchungs- und Rügeobliegen-

---

1) Kötz 50. Deutscher Juristentag A 69 ff.; Ulmer/Hensen AGBG § 11 Nr. 7 Rdn. 8 ff.; Schlosser/Coester-Waltjen AGBG § 11 Nr. 7 Rdn. 6 ff.

2) zur Rücksicht auf die Interessen des Lieferanten mahnend: BDI Mitteilungen 7/64 BB 1964, 853

3) zur Geltung im kaufmännischen Geschäftsverkehr insbesondere: Schlosser/Coester-Waltjen AGBG § 11 Nr. 7 Rdn. 84, Nr. 8 Rdn. 21, Nr. 9 Rdn. 8, Nr. 10 Rdn. 63 u. Nr. 11 Rdn. 20; Löwe/v. Westphalen AGBG § 11 Nr. 7 Rdn.17 ff., Nr. 8 Rdn. 9 ff., Nr. 9 Rdn. 4 ff., Nr. 10 a Rdn. 25 ff., Nr. 10 b Rdn. 18 ff., Nr. 10 c Rdn. 14 ff., Nr. 10 d Rdn. 9 ff., Nr. 10 e Rdn. 9 ff., Nr. 10 f Rdn. 9 ff., Anhang § 11 Nr. 10 und Nr. 11 Rdn. 19 ff.; Ulmer/Hensen AGBG § 11 Nr. 7 Rdn. 33 ff.; Nr. 8 Rdn. 19; Nr.9 Rdn. 8; Nr. 10 Rdn. 25, 56, 68, 75; Nr. 11 Rdn. 21

4) Koch/Stübing AGBG Einleitung Rdn. 49 nennen die Einbeziehung von Kaufleuten in das Gesetz mit § 24 zu Recht eine etwas sybillinische Lösung; vgl. auch den verbraucherbezogenenen Ansatz in Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, Verbraucherschutz im Modellversuch, 1975, und dort insbesondere die Funktion des Verbraucherbeauftragten a.a.O. S. 16 f., 30 f.; Schlosser (in Staudinger-Schlosser AGBG § 9 Rdn. 17) schlägt in Anbetracht dessen, daß sich die Abnehmer ihrer Marktmacht mehr und mehr gerade auch auf dem Gebiet der AGB bewußt werden, im Rahmen von § 9 eine spiegelbildlich-analoge Anwendung von Vorschriften aus dem Klausel-Unwirksamkeits-Katalog vor

heiten sowie die Verlängerung von Gewährleistungs- und Verjährungsfristen einerseits und die inhaltliche Verschärfung der Gewährleistung und Haftung andererseits.

1. Erleichterte Geltendmachung von Ansprüchen

a) §§ 377, 378 HGB

Zum Teil wird die Pflicht des Empfängers, gemäß § 377 HGB beim Handelskauf unverzüglich nach Ablieferung die Ware zu untersuchen und festgestellte Mängel unverzüglich zu rügen, ausdrücklich oder verdeckt abbedungen:

> "In Abweichung von § 377 HGB sind wir nicht verpflichtet, die Ware unverzüglich zu untersuchen sowie etwaige Mängel dem Lieferer unverzüglich anzuzeigen.".

Es ist umstritten, inwieweit ein derartiger völliger Ausschluß der Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten des § 377 HGB rechtswirksam ist[5].

Ein solcher Ausschluß erfasst offene und verdeckte Mängel.

aa) Ausschluß der unverzüglichen Mängelrüge:

Gerade bei offenkundigen Mängeln hat der Gesetzgeber mit den §§ 377, 378 HGB eine eindeutige Risikoverteilung für beiderseitige Handelsgeschäfte getroffen. Ein Abbedingen der Pflicht zur unverzüglichen Mängelrüge würde damit völlig vom wesentlichen Grundgedanken dieser gesetzlichen Regelung abweichen,

---

5) Für dessen Wirksamkeit: Schmidt-Salzer AGB 1977, Rdn. F 160; Baumbach-Duden HGB §§ 377, 378 Anm. 1 E; Gutachterausschuß Gutachten 7/75 S. 74; wohl auch Müller/Scholz/Schreven S. 38; Brüggemann in Großkomm. HGB § 377 Rdn. 32
ablehnend: Heinze NJW 1973, 2182 (2184); Staudinger-Schlosser AGB § 11 Nr. 10 Rdn. 89; Löwe/v. Westphalen AGBG § 11 Nr. 10 e Rdn. 12
einschränkend: Thamm/Hesse BB 1979, 1583 (1586); Ulmer/Hensen AGBG Anh. §§ 9-11 Rdn. 297; früher auch Schmidt-Salzer NJW 1971, 655; Arbeitskreis Kuczewski S. 58 f.; wohl auch Hase S. 70 (71)

nämlich die Regelung umkehren[6]. Aber auch das generelle Abbedingen der Verpflichtung zur unverzüglichen Rüge erst später erkennbarer Mängel nach deren Entdeckung ist nicht hinnehmbar[7]. Denn es ist nicht verständlich, weshalb der Besteller eine Ware mit einem erkannten Mangel noch eine unbestimmte oder nicht bestimmbare Zeit unbeanstandet soll liegenlassen dürfen und damit den an schneller Klarheit über die Ordnungsmäßigkeit seiner Lieferung interessierten Lieferanten im Ungewissen läßt. Das nützt keinem der Beteiligten. Der Besteller darf ja im Anschluß an die Entdeckung eines Mangels die Ware ohnehin nur unter Beachtung seiner Schadensminderungspflicht gemäß § 254 Abs. 2 BGB weiterbehandeln[8]. Schließlich wird durch den generellen Verzicht auf die unverzügliche Rüge eines entdeckten Mangels die Verjährung unkontrollierbar und damit unangemessen hinausgeschoben. Der Lieferant wird hierdurch u.U. zu langfristigen Rückstellungen für das Gewährleistungsrisiko[9] genötigt, zumal er die Ware selbst betreffende Gewährleistungsrisiken nicht durch eine Betriebs- oder Produkthaftpflichtversicherung abdecken kann, § 4 I Ziff. 6 Abs. 3 und § 4 II Ziff. 5 AHB[10].

Dementsprechend sind auch die nachfolgenden, nur auf die Mängelrüge beschränkten Klauseln unwirksam:

---

6) Heinze NJW 1973, 2182 (2184); Thamm/Hesse BB 1979, 1538 (1586); Ulmer/Hensen AGBG § 11 Nr. 10 Rdn. 75 u. Anh. §§ 9-11 Rdn. 298; ähnlich Gutachterausschuß Gutachten 1/77 S. 16

7) zurückhaltender Thamm/Hesse BB 1979, 1583 (1586) die nur dann Unwirksamkeit annehmen, "wenn es sich um Gegenstände handelt, bei denen die Weiterbenutzung den Schaden erheblich vergrößern kann".

8) insofern sind die Ausführungen von Thamm/Hesse (oben Fußnote 7) zumindest mißverständlich

9) § 152 Abs. 7 S. 1 AktG; ausführlich hierzu: Adler/Düring/Schmaltz § 152 Rdn. 107 ff., 130

10) Schlegelmilch S. 122 ff. u. 128 f.

"Der Auftragnehmer verzichtet auf den Einwand verspäteter Mängelrüge".

"Der Lieferant verzichtet auf den Einwand der verspäteten Mängelrüge (§ 377 HGB)".

"Mängelrügen sind nicht an Fristen gebunden".

bb) Ausschluß der Untersuchungspflicht:

Bestimmungen, die ohne ein Eingehen auf die Rügefristen isoliert einen völligen Ausschluß der Untersuchungsobliegenheiten des § 377 HGB enthalten, waren nicht anzutreffen.

cc) Verlängerung der Frist zur Mängelrüge:

Sofern jedoch EKB die Mängelrügefrist des § 377 HGB bestimmbar verlängern, selbst auf einen nicht mehr als "unverzüglich" einzustufenden langen Zeitraum, sind sie wirksam[11]. Das gilt für sämtliche nachstehenden Klauseln:

"Entsprechend unseren üblichen Gepflogenheiten untersuchen wir die bei uns eingetroffene Ware auf Mängel im Sinne der §§ 377, 378 HGB. Soweit sich dabei ein Mangel zeigt, sind wir verpflichtet, diesen innerhalb angemessener Frist zu rügen. Zur Wahrung unserer Rechte reicht es aus, wenn wir die Mängelrüge innerhalb dieser Frist abgesandt haben. Zeigt sich später ein Mangel, so sind wir verpflichtet, diesen ebenfalls innerhalb angemessener Frist zu rügen. Zur Wahrung unserer Rechte reicht es aus, wenn wir innerhalb angemessener Frist die Rüge an den Lieferer abgesandt haben".

"Eine Mängelrüge ist rechtzeitig erhoben, wenn sie innerhalb eines Monats nach Entdeckung des Mangels beim Lieferer vorgebracht wird".

---

11) Schlosser läßt eine solche Verlängerung unter Berufung auf die allgemeine Meinung "im Regelfall bis zur Unzumutbarkeitsgrenze" zu: Staudinger-Schlosser AGBG § 11 Nr. 10 Rdn. 89

"Es gelten die gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften, jedoch mit der Maßgabe, daß wir berechtigt sind, Art, Mängel und Güte der gelieferten Waren innerhalb von 4 Wochen nach Empfang zu rügen".

"Versteckte Mängel können unabhängig vom Zeitpunkt ihrer Entdeckung bis zum Ablauf der Gewährfrist gerügt werden".

"Mängelrügen können innerhalb eines Monats seit Lieferung oder Leistung oder, sofern die Mängel erst bei Be- oder Verarbeitung oder Ingebrauchnahme bemerkt werden, seit ihrer Feststellung erhoben werden".

Häufig werden daneben auch nähere Bestimmungen darüber getroffen, wann welche Untersuchungen erfolgen können:

"Die Untersuchungs- und Rügepflicht nach §§ 377 und 378 HGB ist wegen sämtlicher Mängel ausgeschlossen. Unsere Anzeigepflicht beginnt erst, wenn die Ware entnommen, benützt oder weiterverarbeitet wird, auch wenn der Kaufpreis inzwischen bezahlt wurde oder unser Beauftragter die Ware im Werk des Lieferanten abgenommen hat".

Durch den kategorischen ersten Satz wird hier anscheinend, wenn der zweite Satz überhaupt einen Sinn behalten soll, kein völliger Ausschluß beabsichtigt, sondern nur eine Verlängerung der Mängelrügefrist. Die Klausel ist daher, da sie im Zusammenhang beider Sätze gesehen werden muß, wirksam.

Verständlicher sind die nachstehenden Klauseln:

"Prüfung und Untersuchung erfolgen im Rahmen unseres Geschäftsganges. Bei Maschinen kann die Untersuchung in der Regel erst dann erfolgen, wenn die Maschinen voll belastet worden sind".

"Die Verpflichtung zur Untersuchung und zur Mängelrüge beginnt in allen Fällen, auch wenn die Ware schon vorher in das Eigentum des Bestellers übergegangen oder dessen Spediteur, Frachtführer oder sonstigen Beauftragten übergeben ist, erst dann, wenn sie im Werk des Bestellers eingegangen ist und die ordnungsgemäße Versandanzeige vorliegt. Von diesem Zeitpunkt an gerechnet wird die gesetzliche Rügefrist um einen Monat verlängert".

"Die Rechnung des Lieferanten ist von uns anerkannt, wenn nicht innerhalb 21 Tagen nach Empfang der Ware eine schriftliche Mängelrüge erfolgt ist. Wir behalten uns jedoch vor, Ansprüche auf Wandelung, Minderung und ggf. des entstandenen Schadens auch dann geltend zu machen, wenn die Fehler sich nicht bei der handelsüblichen Abnahme, sondern erst bei der laufenden Verwendung des gelieferten Gutes feststellen lassen, oder wenn die in den Angeboten zugesicherten Eigenschaften nicht restlos zutreffen".

Alle diese Bestimmungen enthalten nur die nähere Festlegung des ordnungsmäßigen Geschäftsgangs des EKB-Verwenders für die Untersuchung der Ware. Das ist zulässig.

Ähnliches soll wohl die nachstehende Klausel beinhalten:

"Es spielt für die Mängelrüge auch keine Rolle, ob der Mangel erst dann gerügt wird, wenn sich die Ware bereits in der weiteren Bearbeitung oder selbst in Händen des Verbrauchers befindet".

Sie ist allerdings verunglückt. Denn sie läßt weder einen zeitlichen Zusammenhang noch eine zeitliche Bestimmung hinsichtlich der Untersuchung und Feststellung des Mangels und seiner Rüge erkennen. Selbst wenn daher wohl nur ausgesagt sein soll, daß verdeckte Mängel auch dann noch gerügt werden können, wenn sie erst zu den genannten späteren Zeitpunkten entdeckt werden, so geht die Unklarheit zu Lasten des EKB-Verwenders, § 5 AGBG. Damit ist die Klausel unwirksam, da sie auch als völliger Ausschluß des Einwands der verspäteten Mängelrüge verstanden werden könnte. Dies wird besonders deutlich im Vergleich zu der nachfolgenden Klausel, die die soeben beanstandeten Unklarheiten nicht enthält und daher wirksam ist:

> "Ist nach dem Charakter der Ware eine solche Feststellung erst nach Ingebrauchnahme der Verarbeitung möglich, so ist eine Mängelrüge noch zu diesem Zeitpunkt zulässig".

Zu den Regelungen über die §§ 377, 378 HGB gehören auch die Klauseln, mit denen der Fiktion[12] einer Billigung der gelieferten Ware durch rügelose Entgegennahme oder durch Zahlung entgegengetreten werden soll[13]:

> "Durch unsere Zustimmung zu Zeichnungen, Berechnungen und anderen technischen Unterlagen und durch eine eventuelle Abnahme werden die Gewährleistungsverpflichtungen des Verkäufers nicht berührt".

> "Unsere Zahlung stellt keine Anerkennung dar, daß die Leistung frei von Mängeln und vorschriftsmäßig erbracht ist".

---

12) zum Begriff Fiktion: Flume Rechtsgeschäft § 10.2, S. 117 ff.
13) zum konkludenten Handeln: Flume Rechtsgeschäft § 5.3 S. 69 f. und § 5.4, S. 72 ff.; Staudinger-Dilcher Vorbem. zu §§ 116-144 Rdn. 41 ff.

"Geleistete Zahlungen gelten nicht als Anerkenntnis ordnungsgemäßer Lieferung".

"In der Zahlung des Kaufpreises liegt keine Anerkennung mangelfreier Lieferung".

"Die Abnahme erfolgt unter Vorbehalt der Untersuchung auf Richtigkeit und Tauglichkeit".

"Die Bezahlung des Kaufpreises erfolgt immer unter Vorbehalt des späteren Richtigbefundes der Ware".

"Eine Abnahme entbindet den Lieferanten nicht von der Gewährleistung".

Gegen solche Bestimmungen können keine Einwände erhoben werden, da man anderenfalls dem Besteller vorschreiben würde und müßte, an welcher Stelle er seine Eingangskontrolle vorzunehmen habe. Das wäre aber ein unzulässiger und zudem überflüssiger Eingriff in die innere Organisation des Bestellers. Denn bleibt in der im Rahmen von §§ 377, 378 HGB vorgegebenen Zeitspanne eine Rüge des Bestellers aus, so ergibt sich die gesetzliche Fiktion der Genehmigung erkennbarer Mängel eben aus diesem Schweigen nach Annahme, nicht aber schon aus dem Schweigen bei Annahme der Ware.

b) Gewährleistungsfristen

Neben den vorstehenden Regelungen über die §§ 377, 378 HGB finden sich noch andere Klauseln über die Verlängerung von Gewährleistungs- und auch von Verjährungsfristen, so z.B. die folgende:

"Wir sind berechtigt, Beanstandungen über gelieferte Waren oder ausgeführte Arbeiten ohne Einhaltung von Reklamationsfristen vorzunehmen, sobald sich ein Mangel zeigt, gleichgültig, wie lange die Lieferung zurückliegt".

Hier besteht keine zeitliche Grenze für die Beanstandungen, was im Einzelfall zur Verlängerung der Gewährleistungsfrist führen kann.

Durch das Fehlen einer zeitlichen Begrenzung ist jedoch der Lieferant einer schwer kalkulierbaren, nämlich unbestimmten Gewährleistungspflicht ausgesetzt. Es ist zwar zulässig, auch in AGB Gewährleistungsfristen zu verlängern[14]. Allerdings muß sich eine solche Verlängerung im Rahmen des Angemessenen halten[15]. Diesen Ansprüchen genügt die vorstehende Klausel wegen ihrer Unbestimmtheit und damit Unbestimmbarkeit einer Gewährleistungsfrist nicht[16].

Häufig sind EKB wie die nachstehenden mit zeitlich genau umrissenen Gewährleistungsfristen anzutreffen. Diese Fristen, oft auch "Gewährleistungszeit" oder "Gewährfrist" bezeichnet, bedeuten regelmäßig ein Hinausschieben des Beginns der Verjährungsfrist bis zur Entdeckung des Mangels[17]. Sofern der Zeitpunkt der Entdeckung innerhalb der Gewährleistungsfrist liegt, beginnt also von da an der Lauf der Verjährungsfrist[18]; mithin läuft sie in Fällen, in denen der Mangel erst kurz vor Ablauf der Gewährfrist auftritt, unter Umständen erst nach Ende dieser Frist ab.

---

14) Staudinger-Schlosser AGBG § 11 Nr. 10 Rdn. 91; Löwe AGBG § 9 Rdn. 68;
15) Staudinger-Schlosser AGBG § 11 Nr. 10 Rdn. 91; ähnlich Schmidt-Salzer AGB 1977 Rdn. F 161
16) ebenso: Heinze NJW 1973, 2182 (2184); Schmidt-Salzer AGB 1977 Rdn. F 161 ff.; Thamm/Hesse BB 1979, 1583 (1586); Ulmer/Hensen AGBG Anh. §§ 9-11 Rdn. 297; Gutachterausschuß Gutachten 6/74 S. 29 und 1/77 S. 16 f.
17) RGZ 65, 119 (121); RGZ 91, 305; RGZ 128, 213; BGH BB 1962, 234; BGH DB 1965, 1736; BGH DB 1979, 982; Götz S. 106 ff.; siehe auch BGH BB 1961, 228
18) Götz S. 108; Staudinger-Honsell § 459 Rdn. 91

"Die Gewährleistungsfrist beträgt 1 Jahr nach von unserer Seite erfolgter Abnahme".

"Falls nichts anderes vereinbart wird, beträgt die Gewährleistungsfrist 1 Jahr ab Eingang der Lieferung bei uns".

"Die Gewährleistung richtet sich nach den gesetzlichen Vorschriften, soweit nichts besonderes vereinbart ist. ... Stellt sich die Fehlerhaftigkeit des Liefergegenstandes erst beim Betrieb des Fahrzeugs/Aggregats heraus, hat uns der Lieferant bis zu der Fahrleistung/Benutzungsdauer von maximal 20.000 km bzw. 12 Monate seit Erstzulassung/Einbau alle Kosten unserer Leistungen für die Reparatur bzw. Wiederbeschaffung der schadhaften Teile zu erstatten".

"... Stellt sich die Fehlerhaftigkeit eines in ein Fahrzeug eingebauten Liefergegenstandes erst beim Betrieb des Fahrzeugs heraus, hat uns der Lieferant bis zur Dauer eines Jahres seit Erstzulassung sämtliche erforderlichen Kosten der Schadensbehebung zu erstatten".

"Bei Maschinen und Apparaten, Ersatzteilen und Zubehör übernimmt der Lieferant Gewährleistung für verborgene Mängel auf die Dauer von mindestens 4.400 Betriebsstunden. Sie endet spätestens 12 Monate, bei Rohguß 6 Monate nach Abnahme".

"Außerdem übernimmt der Lieferer für seine Lieferungen auf die Dauer eines Jahres nach Inbetriebnahme oder Verwendung ggf. nach Beseitigung beanstandeter Mängel, auch ohne rechtzeitige Mängelrüge Gewähr dafür, daß der Liefergegenstand keine den Gebrauch oder Betrieb beeinträchtigenden Mängel zeigt und die vom Lieferer angegebenen Eigenschaften aufweist".

"Die Gewährfrist beträgt 12 Monate"

"Die Gewährleistungszeit beträgt 1 Jahr nach Inbetriebnahme des Liefergegenstandes. Entsprechendes gilt für Gegenstände, die nicht in Betrieb genommen werden können. Für diese beginnt die Gewährleistungszeit mit dem Tage der Übergabe. Soweit es sich bei den Liefergegenständen um Zulieferungen und Anlagen handelt, beträgt die Gewährleistungszeit 2 Jahre ab Inbetriebnahme bzw. vorläufige Übernahme der Gesamtanlage durch den Endbetreiber, wobei der jeweils letztere Zeitpunkt für den Beginn der Gewährleistungszeit maßgebend ist. Bei Schäden, die durch Materialverwechslungen eintreten, wird die Gewährleistung auf 4 Jahre festgesetzt".

"Der Auftragnehmer hat Gewähr zu leisten für alle Mängel, die sich innerhalb von 2 Jahren, gerechnet vom Tage des Gefahrenübergangs zeigen, soweit nicht gesetzlich längere Fristen gelten".

"Der Auftragnehmer leistet Gewähr, soweit die Lieferungen und Leistungen für den Besteller als Endabnehmer bestimmt sind, auf 12 Monate, soweit die Lieferungen und Leistungen - mit oder ohne Verarbeitung oder Verbindung - zum Weiterverkauf bestimmt sind, auf 24 Monate. Die Gewährleistungsfrist beginnt mit dem Gefahrübergang".

Bei diesen Klauseln läßt sich keine pauschale Unangemessenheit feststellen.

Nur scheinbar gehört auch die folgende Klausel in die Reihe solcher wirksamen Regelungen:

> "Für alle Lieferungen und Leistungen übernimmt der Lieferer dem Auftraggeber gegenüber für die Dauer von 2 Jahren, gerechnet vom Tage der endgültigen Abnahme der betreffenden Anlage oder, sofern es sich um Werkzeug, Maschinen, Betriebsanlagen usw. handelt, vom Tage der Inbetriebnahme im Betrieb an, höchstens jedoch 3 Jahre ab Lieferdatum, Gewähr in der Weise ... Eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist behält sich der Auftraggeber im Einzelfall ausdrücklich vor".

Hier ist jedoch der letzte Satz zumindest verunglückt. Möglicherweise will der EKB-Verwender nur darauf hinweisen, im Einzelfall wolle er auch bei Bedarf eine längere Gewährleistungsfrist vereinbaren. Anstelle von "vereinbaren" heißt es aber "behält sich ... im Einzelfall ausdrücklich vor". Das könnte auf einen einseitigen Verlängerungsvorbehalt ohne Obergrenze und ohne Angemessenheitsschranke hindeuten.

Diese Unklarheiten gehen zu Lasten des EKB-Verwenders und machen die Klausel insoweit unwirksam.

c) Verjährungsfristen

Neben oder anstelle von gesonderten Gewährleistungsfristen behandeln die nachstehenden Klauseln Fragen der Verjährung von Gewährleistungsansprüchen.

Zum Teil wird der Verjährungsbeginn auf den Tag der Entdeckung des Mangels[19], zum Teil auch generell auf das Ende der (gesonderten) Gewährleistungsfrist gelegt:

> "Durch Annahme der Bestellung erklärt der Lieferant sein Einverständnis damit, daß wir zur Erhebung der Mängelrüge erst dann verpflichtet sind, wenn sich ein Mangel zeigt, und daß der Beginn der Verjährungsfrist für unsere Gewährleistungsansprüche erst von diesem Tag an zu laufen beginnen".

> "Unsere Ansprüche aus einer Mängelrüge verjähren in einer Frist von 6 Monaten ab Ende der Gewährleistungszeit".

Dabei wird manchmal auch noch die gesetzliche Verjährungsfrist verlängert:

> "Die vorbezeichneten Ansprüche verjähren 1 Jahr seit Anzeige des Mangels".

Schließlich wird auch anstelle der Vereinbarung einer gesonderten Gewährleistungsfrist (mit anschließend erst laufender Verjährungsfrist) von vorneherein nur die gesetzliche Verjährungsfrist verlängert:

> "Unsere Gewährleistungsansprüche verjähren frühestens in 12 Monaten ab Lieferung".

> "In Abänderung von § 477 BGB verjähren Gewährleistungsansprüche für verborgene Fehler in 5 Jahren".

> "Gewährleistungsansprüche des Auftraggebers für die zu liefernden Teile verjähren erst 10 Jahre nach Eingang der Liefergegenstände beim Auftraggeber".

---

19) siehe oben Seite 113 und Fußnoten 17 und 18

Es ist nicht zu verkennen, daß Besteller ein erhebliches Interesse daran haben, die kurzen Verjährungsfristen der §§ 477 Abs. 1 Satz 1, 480 Abs. 1 und 638 Abs. 1 BGB zu verlängern, um erst bei oder nach einer später liegenden Be- oder Verarbeitung oder gar, wie z.B. in der Automobil- und Maschinenindustrie, beim späteren Betrieb eines Fahrzeugs oder einer Maschine erkennbare Mängel eines Zulieferteils noch rügen können. Von der gesetzlich zugelassenen Möglichkeit, die Verjährungsfristen gemäß §§ 477 Abs. 1 Satz 2, 638 Abs. 2 BGB durch Vertrag zu verlängern, sind auch die Vertragsgestaltungen gedeckt, wonach die gesetzliche Verjährungsfrist erst mit dem Ablauf der Gewährleistungs- oder Garantiefrist oder zum Zeitpunkt der Entdeckung des Mangels zu laufen beginnt[20].

Inhaltsgrenzen für diese formularmäßigen Fristverlängerungen lassen sich nicht aufzeigen[21].

d) Hemmung und Unterbrechung von Fristen

Unbedenklich ist der Neubeginn des Laufs von Verjährungsfristen für Nachbesserungsarbeiten und Ersatzlieferungen, da sonst der Besteller unter Umständen infolge schnellen Eintritts der Verjährung schutzlos gestellt wäre[22]; denn bei Nachbesserungsarbeiten ist die Verjährung für die Zeit der Nachbesserung gemäß § 639 Abs. 2 BGB[23] nur gehemmt und nicht unterbrochen, und auch für den Ersatzlieferungsanspruch des § 480 Abs. 1 BGB gilt nur die kurze Verjährungsfrist des § 477 BGB.

---

20) Staudinger-Honsell § 477 Rdn. 31 f.; Löwe/v. Westphalen AGBG Anh. § 11 Nr. 10 Rdn. 1 f. mit der Einschränkung in § 11 Nr. 10 f Rdn. 12

21) Heinze NJW 1973, 2182 (2184)

22) Thamm/Hesse BB 1979, 1583 (1587), die allerdings einen völligen Neubeginn der Gewährleistungsfrist für solche Arbeiten oder Lieferungen dann für zumindest bedenklich halten, wenn eine weit über die gesetzliche 6Monatsfrist hinausgehende Gewährleistungszeit festgelegt worden sei

23) diese Bestimmung gilt entsprechend auch für Kaufverträge: RGZ 96, 266; RGZ 128, 211 (213); BGH BB 1952, 902; BGHZ 39, 287 (292); Staudinger-Honsell § 477 Rdn. 35

"Die Gewährleistungsfrist wird durch jede schriftliche Mängelrüge unterbrochen. Die Gewährleistungsfrist läuft nach jeder Mängelbeseitigung bzw. Ersatzlieferung für den betreffenden Gegenstand neu".

"Mit der Beseitigung des Mangels oder der Neulieferung beginnt die Gewährleistungsfrist von 1 Jahr hinsichtlich des nachgebesserten bzw. neu gelieferten Teils der Ware erneut".

"Für Nachbesserungsarbeiten und Ersatzstücke haftet der Lieferer in gleichem Umfange wie für den ursprünglichen Liefergegenstand".

Unbillig und daher unwirksam ist jedoch eine Klausel, wonach bei Nachbesserungsarbeiten oder Ersatzlieferungen, die nur einzelne Teile des Liefergegenstands betreffen, die Gewährleistungsfrist für den gesamten Liefergegenstand global völlig neu zu laufen beginnt (sogen. "Kettengarantie"[24]). Denn hierdurch wird, insbesondere in Verbindung mit einer verlängerten Gewährleistungs- oder Verjährungsfrist, eine mit der gesetzlichen Grundwertung nicht mehr vereinbare, nahezu unbegrenzte Gewährleistung des Lieferanten herbeigeführt.

Infolge ihrer unklaren Formulierung ist es nicht auszuschließen, daß die nachstehende Klausel eine solche Kettengarantie beinhaltet:

---

24) Thamm/Hesse BB 1979, 1583 (1586)

"Bei Nachbesserungen durch den Lieferanten oder Ersatzlieferungen beginnt die Gewährleistungsfrist neu mit Lieferung der nachgebesserten Ware bzw. der Ersatzware".

Diese Unklarheit geht zu Lasten des EKB-Verwenders, § 5 AGB-Gesetz. Für eine einschränkende Interpretation ist kein Raum[25]; entscheidend ist hierbei, daß der betroffene Lieferantenkreis diese Klausel nach ihrem Wortlaut auch in ihrer weiten Auslegung und damit als Kettengarantie verstehen kann. Dementsprechend ist die Klausel gemäß § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz unwirksam.

Wirksam ist dagegen die nachstehende Klausel, da sie die globale Fristenverlängerung nur bei sachlich gerechtfertigtem Grund vorsieht:

"Wurden in Verfolgung einer Mängelrüge wesentliche Teile durch den Lieferer ausgetauscht, beginnt die Frist der Gewährleistung für die gesamte Lieferung mit dem Zeitpunkt der Erledigung der Rüge".

Fließend ist die Grenze zwischen die Gewährleistung und die Verjährung erfassenden Hemmungs- und Unterbrechungsbestimmungen:

"Die Gewährleistungszeit verlängert sich um die Dauer der Betriebsunterbrechung, die durch Nachbesserungsarbeiten oder Lieferung von Ersatzstücken am Liefergegenstand erforderlich werden".

"Bei Ersatzlieferung oder Mängelbeseitigung beginnt die Gewährleistungsfrist für ersetzte Teile erneut".

---

25) BGH DB 1980, 494

"Durch eine schriftliche Mängelrüge wird die vereinbarte Gewährleistungsfrist unterbrochen. Die Unterbrechung endet, sobald der Lieferer die Gewährleistung schriftlich ablehnt".

"Die Gewährleistungszeit verlängert sich um die Dauer der Betriebsunterbrechung, die durch Nachbesserungsarbeiten oder Lieferung von Ersatzstücken am Liefergegenstand erforderlich werden".

"Zur Erhaltung der in Punkt 9.2 bezeichneten Rechte über die sog. Gewährleistungsfrist hinaus genügt es, wenn wir die Mängel dem Lieferanten innerhalb dieser Frist angezeigt haben".

"Durch Absendung einer schriftlichen Rüge wird der Ablauf der gesetzlichen Verjährungsfrist bis zum schriftlichen Verzicht auf die Rüge gehemmt".

"Durch eine schriftliche Mängelrüge wird die vereinbarte Gewährleistungsfrist unterbrochen".

Sofern vorstehend bestimmt wird, daß die Verjährung während der Nachbesserung gehemmt werde, entspricht dies bereits dem geltenden Recht, da § 639 Abs. 2 BGB auf Kaufverträge entsprechende Anwendung findet[26]. Die Ausdehnung dieser Hemmung für die Zeit, in der die Kaufsache wegen ihrer Mangelhaftigkeit nicht benutzt werden kann, ist mit § 9 AGB-Gesetz vereinbar[27]. Gleiches gilt für die Unterbrechung der Verjährung, da sie von der Erlaubnis der vertraglichen Verlängerung der Verjährungsfrist gemäß

---

26) Staudinger-Honsell § 477 Rdn. 35
27) Ulmer/Hensen AGBG Anh. §§ 9-11 Rdn. 297

§§ 477 Abs. 1 Satz 2 und 638 Abs. 2 BGB miterfasst[28] ist. Es ist daher auch nicht zu beanstanden, daß die Unterbrechung, wie dies im übrigen auch § 13 Abs. 5 VOB/B vorsieht, durch schriftliche Anzeige des Mangels beim Lieferanten erfolgt, da hierdurch beiden Parteien der oft unerwünschte vorsorgliche Weg zum Gericht gemäß § 209 BGB erspart wird.

Unwirksam dagegen wegen Verstoßes gegen § 225 Satz 1 BGB ist der nachstehende im voraus erklärte Verzicht auf die Einrede der Verjährung, da er von der Regelung in §§ 477 Abs. 1 S. 2, 638 Abs. 2 BGB nicht gedeckt ist[29]:

> "Hinsichtlich dieser Ansprüche[30] verzichtet der Lieferant für die Dauer von zwei Jahren ab ihrer Geltendmachung bei uns auf die Einrede der Verjährung".

Gleichfalls unwirksam wegen Verstoßes gegen § 225 BGB in Verbindung mit § 9 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz[31] ist die nachstehende Klausel:

---

28) Palandt-Putzo § 477 Anm. 4 a; Staudinger-Honsell § 477 Rdn. 31

29) BGHZ 57, 209; BGH WM 1970, 48; Heinze NJW 1973, 2182 (2184); ebenso Honsell VersR 1975, 104 (105 f.) für Vereinbarungen, die die Verjährung schon vor Beginn der Frist ausschließen oder erschweren; a.A.: Müller/Scholz/Schreven S. 45 unter Berufung auf BGH BB 1953, 186, wonach der Lieferant in dieser Klausel nicht schon mit Wirkung vor Beginn der Gewährleistungsfrist auf die Einrede der Verjährung verzichte, sondern erst vom Zeitpunkt der Geltendmachung eines Gewährleistungsanspruchs durch den Kunden des EKB-Verwenders und damit erst nach dem Beginn der Verjährungsfrist, was § 477 Abs. 1 S. 2 BGB entspreche

30) gemeint sind: Ersatz von Kosten für Reparatur, Ersatzbeschaffung, Montage und Materialnebenkosten im Rahmen der Gewährleistung

31) Müller/Scholz/Schreven S. 50 f.

"Der Lieferant ist verpflichtet, für Waren, bei denen etwa vorhandene Mängel nicht sofort erkennbar sind oder deren Brauchbarkeit infolge ihrer Bestimmung nicht sofort nach Ablieferung festgestellt werden kann, sobald die Unbrauchbarkeit festgestellt ist, jederzeit auf Anfordern unverzüglich kostenlos Ersatz zu liefern".

Denn mit dem "jederzeit" bringt der EKB-Verwender mangels näherer zeitlicher Bestimmung[32] zum Ausdruck, daß er seine auf Ersatzlieferung beschränkten Gewährleistungsansprüche entgegen §§ 477 Abs. 1 Satz 2 und 638 Abs. 2 BGB nicht nur zeitlich verlängert, sondern ohne jede zeitliche Begrenzung geltend machen will. Ein solcher Verjährungsausschluß wäre schon individualvertraglich gemäß § 225 BGB unzulässig[33].

Auch die folgende Klausel ist wegen der unbefristeten Ausdehnung der "gesetzlichen Gewährleistungsfrist" aus den schon vorstehend angeführten Gründen unwirksam:

---

32) die sich auch nicht aus dem an die obige Klausel unmittelbar anschließenden - von Müller/Scholz/Schreven S. 43 allerdings nicht berücksichtigten - Satz ergibt:

"Wir müssen uns in derartigen Fällen das Reklamationsrecht bis zur vollständigen Verarbeitung vorbehalten. ..."

33) Staudinger-Schlosser AGBG § 11 Nr. 10 Rdn. 90

"Wir behalten uns vor, Ansprüche aus Materialfehlern, die sich nicht bei der handelsüblichen Abnahme, sondern erst später bei der Bearbeitung oder Ingebrauchnahme des Materials ergeben, geltend zu machen, ohne an die gesetzliche Gewährleistungsfrist gebunden zu sein".

e) Erleichterte Fehlerfeststellung

Zu den wesentlichen Erleichterungen der Geltendmachung von Rechten durch den Besteller zählen auch die Bestimmungen zur (erleichterten) Fehlerfeststellung.

Dies geschieht einmal durch nähere Festlegungen, wann ein verdeckter Mangel vorliegt:

"Mängel, die wir bei Stichproben nicht feststellen, gelten als verdeckte Mängel".

"Wir sind nicht verpflichtet, Originalpackungen für die Warenprüfung zu öffnen. Mängel, die nicht an der Außenverpackung erkennbar sind, gelten als verdeckte Mängel im Sinne des § 377 HGB; dasselbe gilt für Maßdifferenzen".

Die Regelungen sind unbedenklich.

Häufig werden auch die eigenen Feststellungen des EKB-Verwenders als allein maßgebend für Qualität, Menge und Maße erklärt:

"Für die Übernahme der Ware ist ausschließlich der Befund der Qualitätskontrollen in den Werken von ... maßgebend".

"Für Maße, Mengen und Qualität sind die bei unserer Wareneingangskontrolle und Qualitätsprüfung ermittelten Werte maßgebend".

"Als tatsächlich geliefert und für die Rechnung maßgebend gilt die Menge und Beschaffenheit der Ware gemäß den Feststellungen in unserem Werk".

Es mag sein, daß die jeweiligen EKB-Verwender diese Klauseln einschränkend nur dahingehend verstanden wissen wollen, daß den tatsächlichen Feststellungen des EKB-Verwenders nur Vorrang gegenüber den Angaben des Lieferanten in seiner Auftragsbestätigung oder in seinen Lieferpapieren eingeräumt wird. Für eine solche Einschränkung der Reichweite dieser Klauseln gibt ihr Wortlaut allerdings nichts her. Vielmehr lassen diese Klauseln auch die weitergehende Auslegung zu, wonach dem Lieferanten selbst der konkrete Gegenbeweis gegen die "Feststellungen" des EKB-Verwenders abgeschnitten wird. Diese am Wortlaut orientierte weite Auslegung muß sich der EKB-Verwender entgegenhalten lassen[34]. In dieser weiten Auslegung jedoch sind sämtliche Klauseln unangemessen. Es ist nämlich schlechthin unzumutbar, daß dem Lieferanten ein konkreter und damit nachprüfbarer Gegenbeweis von vorneherein genommen wird

---

34) BGH DB 1980, 494; Staudinger-Schlosser AGBG § 6 Rdn. 16; Löwe AGBG § 5 Rdn. 6 und § 6 Rdn. 2 u. 7

und damit eine Korrektur selbst offensichtlich unrichtiger Feststellungen des EKB-Verwenders verhindert werden könnte. Derart einseitige Regelungen benachteiligen die Lieferanten entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen, was zu ihrer Unwirksamkeit gemäß § 9 Abs. 1 AGBG führt.

Aus denselben Gründen ist auch die nachstehende Klausel unwirksam:

> "Es wird zu unseren Gunsten vermutet, daß ein innerhalb der Gewährleistungsfrist auftretender Mangel im Zeitpunkt des Gefahrenüberganges bereits bestanden hat".

In mehreren Fällen behalten sich EKB-Verwender das Recht vor, ihre Eingangskontrolle anhand von Stichproben vorzunehmen:

> "Mängel der Ware, auch wenn sie bei Stichprobenabnahme nicht festgestellt worden sind, berechtigen uns, nach unserer Wahl ... . Die Kosten, die uns durch die Prüfung und Aussortierung mangelhafter Ware entstehen, hat der Lieferant zu erstatten".

> "Wird infolge mangelhafter Lieferung eine das übliche Maß der Eingangskontrolle übersteigende Gesamtkontrolle nötig, so trägt der Lieferant hierfür die Kosten".

> "Die Art und Weise der Eingangsprüfung erfolgt nach unserem Ermessen, u.a. bei Massenteilen nach dem Stichprobenverfahren. Unter Vorbehalt aller sonstigen Ansprüche werden wir Waren bei Überschreitung der zulässigen Grenz-

qualitätswerte bzw. vereinbarten AQL[35] -Werte vollständig zurückweisen und/oder auf Kosten und Gefahr des Lieferanten 100%ig prüfen, nacharbeiten und/oder Ersatz mangelhafter Teile verlangen".

"Wir sind berechtigt, die Prüfung nach allgemein gültigen statistischen Stichprobenverfahren (AQL-Werte) durchzuführen und unbeschadet unserer sonstigen Ansprüche bei Überschreitung der zulässigen Grenzqualitätswerte bzw. der AQL-Werte die Ware vollständig zurückzuweisen oder auf Kosten und Gefahr des Lieferanten 100%ig zu prüfen und Ersatz der tatsächlich mangelhaften Teile zu verlangen. ... Wir behalten uns vor, im Beanstandungsfall die Kosten für die Prüfung der Ersatzlieferung zu belasten".

Es ist zulässig, in EKB für die Eingangskontrolle Stichproben für ausreichend zu erklären[36].

Daraus folgt aber noch nicht, daß es damit auch zulässig sein muß, die Kosten einer eingehenderen Eingangskontrolle - ausgelöst durch eine Überschreitung von Stichprobengrenzqualitätswerten infolge mangelhafter Lieferung - dem Lieferanten aufzuerlegen. Die Zulassung von Stichproben ist nämlich vor allem in zweierlei Hinsicht von Belang: einmal kann der Besteller einen erst später festgestellten offenen Mangel, der infolge der Beschränkung der Eingangskontrolle auf Stichproben nicht sofort erkannt wurde, dann noch rügen; zum andern kann er von der Mangelhaftigkeit einer beschränkten Anzahl von gleichartigen Liefergegenständen ohne Einzelprüfung eine

---

35) annehmbare Qualitätsgrenzlage, vgl. DIN 40080
36) Staudinger-Schlosser AGBG § 11 Nr. 10 Rdn. 89

größere Anzahl oder gar alle Liefergegenstände als mangelhaft einstufen und dementsprechend auch hinsichtlich dieser nicht konkret geprüften Liefergegenstände seine Gewährleistungsansprüche geltend machen. Die Kosten der Prüfung und Aussortierung mangelhafter Ware, die Kosten einer das übliche Maß der Eingangskontrolle übersteigenden Gesamtkontrolle oder einer hundertprozentigen Prüfung der gelieferten Ware sowie auch die Kosten für die Prüfung einer Ersatzlieferung zählen sämtlich zu den vom Käufer zu tragenden Kosten der Abnahme, § 448 Abs. 1 BGB[36a)]. Außergewöhnliche Untersuchungskosten könnten allenfalls als Folgeschäden geltend gemacht werden. Für solche Schadensersatzansprüche müßten aber die Voraussetzungen der §§ 463, 480 Abs. 2 BGB[37)] oder aber ein Verschulden des Lieferanten[38)] vorliegen[39)]. Eine derartige Einschränkung enthält aber keine der vorstehenden Kostenregelungen. Die EKB-Verwender müssen sich daher die weitergehende Auslegungsmöglichkeit dieser Kostenklauseln und damit deren Unwirksamkeit entgegenhalten lassen[40)]. Da eine grammatikalisch einwandfreie Trennung der beanstandeten Kostenregelungen von den übrigen Bestimmungen, nämlich der Berechtigung zur Stichprobenprüfung und den anderen zulässigen Gewährleistungsrechten, möglich ist, beschränkt[41)] sich die Unwirksamkeit auf diese Kostenregelungen.

36a) Staudinger-Köhler § 448 Rdn. 4 u. 5

37) Ulmer/Hensen AGBG Anh. §§ 9-11 Rdn. 297; Staudinger-Schlosser AGBG § 11 Nr. 10 Rdn. 88; Schmidt-Salzer AGB 1977 Rdn. F 168; Thamm/Hesse BB 1979, 1583 (1587); nach früherem Recht bereits: Heinze NJW 1973, 2182 (2184 f.); Schmidt-Salzer NJW 1971, 654 gegen BGH a.a.O.

38) Ulmer/Hensen AGBG Anh. §§ 9-11 Rdn. 513; nach früherem Recht bereits: Schmidt-Salzer NJW 1971, 654; Gutachterausschuß Gutachten 7/75, S.74 u. 8/75, S. 77

39) siehe auch unten S. 148 f.

40) Staudinger-Schlosser AGBG § 6 Rdn. 16

41) Staudinger-Schlosser AGBG § 6 Rdn. 15

2. Gewährleistung

Der Übersichtlichkeit wegen sollen zunächst nur die die Gewährleistung betreffenden und anschließend (3.) die eine Folgeschadenshaftung betreffenden Bestimmungen dargestellt werden, wenn auch beide in der Regel eng miteinander verknüpft sind, so im Bereich der Zusicherung von Eigenschaften[42] und der Qualitätskontrolle[43].

a) Garantie des gesetzlichen Gewährleistungsumfangs

EKB, die nur aus einer generellen Abwehr von ALB und einer an deren Stelle tretenden uneingeschränkten Geltung der gesetzlichen Bestimmungen bestehen, wie z.B. folgende Klausel, finden sich nur vereinzelt:

> "Wir anerkennen keine Einschränkungen der gesetzlichen Gewährleistungsbestimmungen".

Auch Begrenzungen der Haftungseinschränkungen von Lieferanten wie in einem Formularrundschreiben[44] verschiedener Metallhändler an ihre Lieferanten, in welchem sie die nachstehende Bestätigung verlangen, findet man selten[45]:

---

42) Staudinger-Honsell § 459 Rdn. 16 f., § 463 Rdn. 3
43) Staudinger-Honsell § 459 Rdn. 74
44) das anscheinend auf eine Verbandsempfehlung zurückgeht
45) vgl. daneben auch die einfachen Abwehr-EKB, die die generelle Geltung der gesetzlichen Regelungen zum Ziel haben, oben S. 21 Fußnote 19; kritisch zur Verschiebung gesetzlicher Gewährleistungsrisiken mit Hilfe solcher Rundschreiben: Beise DB 1978, 286 f.

> "Wir bestätigen, daß wir Ihnen gegenüber die Haftung und Gewährleistung für unsere Produkte und Leistungen nicht mehr einschränken, als es nach dem AGB-Gesetz gegenüber Nichtkaufleuten zulässig ist".

b) Nachbesserung und Ersatzlieferung

Über die gesetzlichen Gewährleistungsrechte für Sachmängel beim Kauf (Minderung, Wandelung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft und Ersatzlieferung beim Gattungskauf) und beim Werkvertrag (Nachbesserung, Wandelung, Minderung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei einem vom Unternehmer zu vertretenden Mangel) hinaus legen EKB meistens allgemein Nachbesserungs-[46] und Ersatzlieferungspflichten fest:

> "Mängel der Ware ... berechtigen uns, nach unserer Wahl entweder den Kaufpreis zu mindern oder Nachbesserung zu verlangen ... oder Ersatzlieferung zu verlangen oder vom Vertrag ganz oder teilweise zurückzutreten".

Diese schon eingangs[47] erwähnte allgemeine Praxis von EKB-Verwendern, im Kaufrecht sowohl Nachbesserung als auch Ersatzlieferung vorzusehen, ist nicht zu beanstanden. Eine solche

---

46) hierzu eingehend: Götz, Sachmängelbeseitigung beim Kauf S. 45 ff.
47) oben Seite 3 "Einführung"

Ausdehnung der Mängelbeseitigungsmaßnahmen führt nämlich dazu, für jeden Einzelfall eine sachgerechte Lösung zur Verfügung zu haben[48].

Bedenken gegen ein Nachbesserungsrecht des Käufers bestehen nur dann, wenn der Lieferant zu einer selbständigen Nachbesserung außerstande ist wie z.B. ein Vertriebshändler[49] oder wenn es sich bei dem Kaufgegenstand um ein nur schwer nachzuliefernde Einzelstück handelt[50].

c) Wahlrechte

Es ist auffallend, daß die EKB-Verwender ihr Wahlrecht[51] unter den verschiedenen Gewährleistungsrechten hervorheben:

> "Im Falle des Vorliegens eines Mangels sind wir berechtigt, nach unserer Wahl entweder ..."

Die Bedeutung dieses Wahlrechts läßt sich schon daraus ablesen, daß sich ALB-Verwender ihrerseits regelmäßig das Wahlrecht der Mängelbeseitigungsmaßnahme vorbehalten. Verschärft wird die Frage des Wahlrechts noch, soweit sich EKB-Verwender bestimmte Gewährleistungs- und Haftungsrechte kumuliert vorbehalten. Müller/Scholz/Schreven[52] legen eine solche Wahlklausel im Wege ergänzender

---

48) Staudinger-Honsell Vorbem. zu § 459 Rdn. 4
49) Ulmer/Hensen AGBG Anh. §§ 9-11 Rdn. 297; Schmidt-Salzer AGB 1977 Rdn. F 164; eingehend zur Nachbesserung und Bestellerinteressen auch: Diezemann S. 40 ff.; Götz, Sachmängelbeseitigung S. 21 f.
50) Staudinger-Schlosser AGBG § 11 Nr. 10 Rdn. 88; ähnlich Heinze NJW 1973, 2182 (2184); Schmidt-Salzer AGB 1977 Rdn. F 164
51) das ihnen kraft Gesetzes ohnehin als Käufer in §§ 462, 463, 480 Abs. 1 BGB und eingeschränkt auch als Besteller gem. §§ 633-635 BGB zusteht
52) Seite 39

Vertragsauslegung unter Berücksichtigung von Treu und Glauben dahin aus, daß unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die schonendste Maßnahme gewählt werden muß, also "z.B. nicht Ersatzlieferung verlangt werden kann, wenn Nachbesserung zeitlich, sachlich und wirtschaftlich möglich und zumutbar ist"[53]. Einer unter Verstoß der beiderseitigen Interessenabwägung vorgenommenen Rechtswahl könne die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung entgegengesetzt werden[54]. Dem ist zuzustimmen. Das gesetzliche Wahlrecht[55] enthält allerdings keine ausdrückliche Beschränkung auf die jeweils schonendste Maßnahme. Damit unterliegt auch eine EKB-Wahlklausel in ihrer Formulierung insoweit keiner Einschränkung.

d) Selbsthilfe

Einen Sonderfall des Wahlrechts beinhalten die Selbsthilfeklauseln der Besteller. Ohne weiteres einleuchtend ist das Recht zur Ersatzbeschaffung oder Ersatzvornahme bei Säumnis des Lieferanten[56] analog § 633 Abs. 3 BGB:

> "Nachbesserungen können ohne Fristsetzung auf Kosten des Auftragnehmers ausgeführt werden, wenn nach Eintritt des Verzugs geliefert wird und der Besteller wegen der Vermeidung eigenen Verzugs oder anderer Dringlichkeit ein Interesse an sofortiger Nachbesserung hat".

---

53) s. Fußnote 52 und Staudinger-Honsell § 462 Rdn. 12
54) Müller/Scholz/Schreven S. 38 f.
55) siehe oben Fußnote 51
56) Schmidt-Salzer AGB 1977 Rdn. F 88; a.A. Ulmer/Hensen AGBG § 11 Nr. 10 Rdn. 55

Andere Selbsthilfeklauseln sind weiter gefasst:

> "In dringenden Fällen können wir auf Kosten des Lieferanten die Mängel beseitigen oder uns anderweitig eindecken".
>
> "In dringenden Fällen sind wir ohne weiteres berechtigt, auf Kosten des Lieferanten die Mängelbeseitigung selbst vorzunehmen oder durch einen Dritten ausführen zu lassen oder anderweitig Ersatz zu beschaffen. Das gleiche gilt, wenn der Lieferant mit seinen Gewährleistungsverpflichtungen in Verzug gerät".
>
> "In dringenden Fällen oder bei Säumigkeit des Lieferers in der Beseitigung von Mängeln kann der Besteller die Mängel auf Kosten des Lieferers selbst beseitigen".
>
> "In dringenden Fällen sind wir berechtigt, die festgestellten Mängel auf Kosten des Lieferanten selbst zu beseitigen".
>
> "In dringenden Fällen (z.B. zur Vermeidung von Fertigungsunterbrechungen) sind wir berechtigt, die festgestellten Mängel auf Kosten des Auftragnehmers selbst zu beseitigen".

Sämtliche Klauseln beschränken das Recht des EKB-Verwenders zur Selbsthilfe auf "dringende Fälle". Das ist im Lichte einer gerechten Interessenabwägung genügend konkretisiert[57]. Anders als generalklauselartig läßt sich nämlich ein solches Selbsthilferecht bei der Vielzahl möglicher Anwendungstatbestände gar nicht regeln. Es muß hierbei lediglich zum Ausdruck kommen, daß der EKB-Verwender dieses Recht nicht als neben den anderen Wahlrechten gleichberechtigt einstuft, sondern es sich nur als gleichsam außerordentliches

---

57) Müller/Scholz/Schreven S. 40

Recht für Notfälle, eben "dringende Fälle" vorbehält[58]. Dementsprechend müßte auch eine ergänzende Vertragsauslegung im Lichte einer beiderseitigen Interessenberücksichtigung für ein ohne jede Einschränkung neben den anderen Wahlrechten des EKB-Verwenders stehendes Selbsthilferecht zu einer solchen Beschränkung seiner Geltendmachung führen.

Diesen Interessenausgleich berücksichtigen auch die folgenden Klauseln:

> "In dringenden Fällen oder falls der Auftragnehmer mit der Erfüllung der ihm obliegenden Gewährleistungspflicht in Verzug ist, ist der Auftraggeber auch berechtigt, die Mängel auf Kosten des Auftragnehmers selbst zu beseitigen, beseitigen zu lassen oder Ersatz zu beschaffen. Wann ein dringender Fall in diesem Sinne vorliegt, entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen der Auftraggeber".

> "Stellen wir fest, daß der Lieferer Nachbesserung in erforderlichem Umfang nicht oder nicht zeitig genug zu leisten vermag, so sind wir berechtigt, die ursprünglichen Gewährleistungsansprüche zu verfolgen oder die Nachbesserung zu Lasten des Lieferers selbst durchzuführen oder durch Dritte durchführen zu lassen".

Auch die Berufung auf einen "wichtigen Grund"[59] ist sachgerecht:

---

58) ähnlich Staudinger-Schlosser AGBG § 11 Nr. 10 Rdn. 88; Heinze NJW 1973, 2182 (2185); dagegen verneint Schmidt-Salzer AGB 1977 Rdn. F 167 jegliche Zulässigkeit von Selbsthilfeklauseln in EKB, da dem Verkäufer nicht das Recht genommen werden könne, behauptete Mängel zu überprüfen und eine Behebung zu unternehmen

59) Thamm/Hesse BB 1979, 1583 (1586) verwenden den Ausdruck "aus besonders wichtigen Gründen". Eine Abstufung zwischen einem wichtigen und einem besonders wichtigen Grund ist aber nicht erforderlich

> "Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ist der Auftraggeber berechtigt, die Arbeiten zur Fehlerbeseitigung bzw. die Ersatzbestellung auf Rechnung des Lieferers ohne vorherige Benachrichtigung vorzunehmen".

Unangemessen ist hier dagegen in Anbetracht heutiger Kommunikationsmittel[60] der Vorbehalt "ohne vorherige Benachrichtigung".

Die nachstehende Selbsthilfeklausel ist gleichfalls unangemessen:

> "Erscheint es uns geboten, können wir auf angemessene Kosten des Lieferers die Nachbesserung selbst vornehmen".

In der Formulierung "erscheint es uns geboten" liegt eine Freizeichnung des EKB-Verwenders von den vorstehend genannten Pflichten zur Interessenabwägung. Das bedeutet eine unbillige und daher unzulässige Belastung des Lieferanten. Daher ist die Klausel gemäß § 9 AGB-Gesetz unwirksam[61].

Die besondere Problematik des Rechts des EKB-Verwenders zur Selbsthilfe liegt darin, daß er damit Herr über die Kosten[62] der Mängelbeseitigung bzw. Ersatzbeschaffung wird. Dem trägt die folgende Bestimmung besonders Rechnung:

---

60) Meeske S. 127 f.
61) Müller/Scholz/Schreven S. 40; Thamm/Hesse BB 1979, 1583 (1586); für das alte Recht schon: Heinze NJW 1973, 2182 (2185)
62) Thamm/Hesse BB 1979, 1583 (1586); Hesse BauR 1972, 197 (198 ff.) mit zahlreichen Beispielen

"Mangelhafte Waren gehen unter voller Belastung auf Ihre Gefahr unfrei an Sie zurück. Wir behalten uns aber vor, Nacharbeiten an beschädigten oder sonstwie mangelhaften Waren selbst vorzunehmen. Grundsätzlich verständigen wir uns in solchem Falle vorher mit Ihnen wegen der Kosten. Falls eine Einigung nicht erzielt wird, bleibt es im Zweifel bei der Rücksendung der beanstandeten Waren".

Aber auch soweit die vorstehenden Selbsthilfeklauseln keine vorherige Verständigung über die Kosten vorsehen, sondern dem Besteller das Recht zur Selbsthilfe "auf Kosten des Lieferanten" zugestehen, sind sie insoweit wirksam. Denn wenn der Besteller nach den zuvor entwickelten Grundsätzen einer gerechten Interessenabwägung überhaupt zur Selbsthilfe berechtigt ist, dann braucht er sich nicht schlechter stellen zu lassen als bei einer Nachbesserung oder Ersatzlieferung durch den Lieferanten. Allerdings kann der Besteller im Falle der Selbsthilfe nur die angemessenen Kosten berechnen; dies ergibt sich schon aus Treu und Glauben.

3. Schadensersatz

Bedeutsam und weitreichend sind die in EKB anzutreffenden Schadensersatzregelungen. Gerade bei größeren Abnehmern, die kraft ihrer Einkaufsmacht zur Durchsetzung ihrer EKB in der Lage sind, sind Schadensersatzverpflichtungen an im Vergleich zum Gesetz sehr vereinfachte Voraussetzungen geknüpft.

a) Gesetzliche Regelung

Die Haftung für Mangelfolgeschäden setzt in der Regel Verschulden des Schädigers[63] voraus, so z.B. bei positiver Vertragsverletzung[64], insbesondere schuldhafter Schlechterfüllung einer Nachbesserungsverpflichtung[65], und bei deliktischer Haftung gemäß §§ 823 BGB[66]. Die Haftung für Folgeschäden auf Grund Fehlens zugesicherter Eigenschaften[67] erfordert zwar kein Verschulden des Lieferanten, dafür aber die in vertragsmäßiger Weise abgegebene[68] Zusicherung, in der der Verpflichtungswille des Lieferanten zum Ausdruck kommt, für das Erklärte einstehen zu wollen. Das verpflichtende "Mehr" gegenüber der bloßen Lieferung ist also eine unselbständige Garantie[69], die die Gewähr für das Vorhandensein einer Eigenschaft sowie das Versprechen umfasst, für Folgen eines etwaigen Fehlens dieser Eigenschaft einzustehen[70].

Klauseln, die es bei der gesetzlichen Haftung belassen, sind selten anzutreffen. Ungewöhnlich sind die nachstehenden Klauseln, in denen dem Lieferanten sogar ein Haftungsausschluß für einfache Fahrlässigkeit zugebilligt wird:

---

63) die Gefährdungshaftungstatbestände der §§ 25 AtomG, 22 WasserhaushaltsG und 84 ArzneimittelG sind rechtspolitisch motivierte Sonderfälle

64) Staudinger-Honsell Vorbem. zu § 459 Rdn. 38 m.w.N.

65) BGH BB 1978, 325; Ulmer/Hensen AGBG § 11 Nr. 10 Rdn. 56

66) Palandt-Thomas BGB § 823 Anm. 12; Staudinger-Honsell Vorbem. zu § 459 Rdn. 10

67) so die neue Rspr, wenn die Zusicherung den Käufer gegen etwaige Mangelfolgeschäden absichern soll: BGHZ 50, 200 (204); 59, 158; NJW 1973, 843; LG Düsseldorf BB 1972, 241; Staudinger-Honsell § 463 Rdn. 37

68) Staudinger-Honsell § 459 Rdn. 60

69) Staudinger-Honsell § 459 Rdn. 60 u. 69; grundlegend RGZ 54, 219 (223); RG WarnRspr, 1917 Nr. 100

70) Eimer NJW 1973, 590; Staudinger-Honsell § 459 Rdn. 60
Die Rechtsprechung zur Produkthaftung mit der Annahme einer stillschweigenden Zusicherung von Eigenschaften (insbesondere: BGHZ 59, 158 Braunfäule; BGH DB 1966, 147-Hohlziegel; vgl. die eingehende Übersicht bei Staudinger-Honsell § 459 Rdn. 75-80) droht allerdings das wohlausgewogene Haftungssystem des BGB zu zerstören

"Schäden, die nicht an dem Liefer- oder Leistungsgegenstand selbst entstanden sind, hat der Lieferer nur zu ersetzen, wenn sie auf Vorsatz, grober Fahrlässigkeit oder Nichteinhaltung zugesicherter Eigenschaften beruhen".

"Der Lieferant haftet für Folgeschäden bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit, ebenso bei Verletzung von Nebenpflichten".

b) Ausdehnung der Zusicherung von Eigenschaften

Eine Erweiterung der Schadensersatzhaftung erfolgt oft dadurch, daß Leistungsbeschreibungen des Lieferanten zu zugesicherten Eigenschaften erhoben werden:

"Der Lieferant gewährleistet einwandfreie Qualität. Er sichert zu, daß der Liefergegenstand die von uns festgelegten qualitativen und maßlichen Eigenschaften sowie volle Funktionsfähigkeit besitzt. Die Rechtsfolgen mangelhafter Lieferung bzw. das Fehlen zugesicherter Eigenschaften richtet sich nach den gesetzlichen Bestimmungen mit der Maßgabe, daß wir in allen Fällen auch die kostenlose Beseitigung der Mängel verlangen können".

"Erfolgt die Fertigung und/oder Lieferung nach uns zur Verfügung gestellten oder von uns vorgelegten Mustern oder Spezifikationen, so gelten deren Eigenschaften als zugesichert".

"Der Lieferant sichert zu, daß die Ware unseren Zeichnungen, Spezifikationen und sonstigen Angaben, wie Normen und anderen technischen Unterlagen entspricht und wird sie vor Versand hierauf prüfen".

"Der Lieferant sichert zu, daß die Ware unseren Spezifikationen und sonstigen Angaben, wie Normen und anderen technischen Unterlagen entspricht, und wird sie vor Versand hierauf prüfen".

"Mit der Lieferung nach DIN oder anderen Normen sichert der Lieferant die Einhaltung der dort festgelegten Anforderungen zu".

Mit der formularmäßigen Umqualifizierung von Angaben des Lieferanten oder des Bestellers über die vertragsmäßige Beschaffenheit des Kaufgegenstandes, also einer bloßen Waren- oder Leistungsbeschreibung[71], zur Zusicherung von Eigenschaften wird solchen bloßen Angaben formularmäßig ein Verpflichtungswille[72] des Lieferanten unterstellt, den dieser gar nicht hatte bzw. kundtat[73]. Da die Haftung wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft unabhängig von der Erheblichkeit des Mangels eintritt[74], würde jede noch so untergeordnete Angabe und jede Beschreibung weitreichende Schadensersatzverpflichtungen nach sich ziehen können. Allerdings sehen auch die Rechtsprechung[75] und ein erheblicher Teil der Literatur[76] im Werkvertragsrecht bereits jede vertragliche Fest-

---

71) Semler NJW 1976, 406
72) dies ist das wesentliche Merkmal der vertragsmäßigen Zusicherung; Staudinger-Honsell § 459 Rdn. 60; so schon RG WarnRspr 1917 Nr. 100
73) Thamm/Hesse BB 1979, 1583 (1587); Löwe/Trinkner AGBG § 4 Rdn. 37
74) Staudinger-Honsell § 459 Rdn. 86 und § 463 Rdn. 10
75) RGZ 165, 41; BGH NJW 1965, 152; BGH WM 1973, 1322
76) Esser-Weyers "Schuldrecht" II 1 § 32 III 3; RGRK-Glanzmann § 633 Rdn. 12; Larenz "Schuldrecht" II § 53 II c

legung bestimmter Eigenschaften des herzustellenden Werks als Zusicherung gemäß §§ 633 Abs. 1, 635 BGB an[77]. Es genügt also die bloße Beschaffenheitsvereinbarung. Dagegen braucht der Unternehmer nicht zum Ausdruck bringen, er werde für alle Folgen des Fehlens einer vereinbarten Eigenschaft einstehen. Diese Schadensersatzhaftung erfordert dafür aber im Gegensatz zur "qualifizierten" Zusicherung im Werkvertragsrecht und der Zusicherung im Kaufvertragsrecht ein Verschulden des Zusichernden[78]. Außerdem muß der Besteller dem Werkhersteller vor der Geltendmachung von Ersatzansprüchen gemäß § 635 BGB wegen noch nicht endgültig aufgetretener Schäden unter Fristsetzung und Ablehnungsdrohung die Gelegenheit zur Nachbesserung einräumen, § 634 BGB[79].

Diesen Einschränkungen wird ohne Zweifel die erste Klausel gerecht, da hier die Rechtsfolgen einer nichteingehaltenen Zusicherung von Eigenschaften sich nach den gesetzlichen Bestimmungen richten sollen.

Die anderen Klauseln enthalten keine Beschränkung der Haftung des Lieferanten auf sein Verschulden, allerdings auch keine Formulierung, wonach der Lieferant als Werkunternehmer zu erkennen gibt, für das Vorhandensein der Eigenschaften unbedingt einzu-

---

77) für einen einheitlichen Begriff der zugesicherten Eigenschaft im Kaufrecht und Werkvertragsrecht dagegen: Fikentscher S. 482; Palandt-Thomas § 633 Anm. 1

78) BGH WM 1973, 1322; BGHZ 65, 107 (109); Larenz "Schuldrecht" II § 53 II c S. 271

79) Glanzmann in RGRK-BGB § 635 Rdn. 1

stehen und bei deren Fehlen auch unbedingt haften zu wollen. Eine Gefahr, als Werkunternehmer wegen einer solchen formularmäßigen Zusicherung in der Form der vorstehenden Klauseln vom EKB-Verwender aus "qualifizierter Zusicherung" ohne Verschulden in Anspruch genommen zu werden, besteht also nicht. Unter Zusicherung im Sinne dieser Klauseln kann nämlich insoweit nur die "einfache" Zusicherung gemäß § 633 Abs. 1 BGB verstanden werden, die schon bei Beschaffenheitsangaben wie den in den Klauseln angegebenen vorliegt. Die Klauseln wären somit wirksam, sofern die EKB sich ausschließlich auf Werkverträge beschränkten. Das ist aber nicht der Fall. Vielmehr werden die EKB und damit auch die vorstehenden Klauseln unterschiedslos auch für Kaufverträge verwendet[80]. Damit gewinnen die Klauseln aber ein ganz anderes Gewicht. Aus den Beschaffenheitsangaben wird über § 633 Abs. 1 BGB hinaus für das Kaufrecht durch die formularmäßige Zusicherung ein Verpflichtungswille des Lieferanten unterstellt, der den Weg zu einer allgemeinen Schadensersatzhaftung ohne Verschulden gemäß §§ 459 Abs. 2, 463, 480 Abs. 2 BGB eröffnet. Das ist unangemessen[81]. Ohne eine Beschränkung auf das Verschulden des Lieferanten und damit auf eine positive Forderungsverletzung ist daher eine formularmäßige Umqualifizierung von bloßen Beschaffenheitsangaben in kaufvertragliche Zusicherungen von Eigenschaften gemäß § 9 AGB-Gesetz unwirksam[82].

---

80) siehe oben Seite 3

81) Thamm/Hesse BB 1979, 1583 (1587)

82) Schmidt-Salzer AGB 1977 Rdn. F 168; Thamm/Hesse BB 1979, 1583 (1587); BDI Arbeitskreis WuW 1979, 660 (661) Ziff. 4.2; für das frühere Recht schon: Heinze NJW 1973, 2182 (2184); a.A. BGH NJW 1971, 654 f. mit ablehnender Anmerkung von Schmidt-Salzer a.a.O.; Löwe/Trinkner AGBG § 4 Rdn. 37 kommt über § 4 AGB-Gesetz zur Unwirksamkeit wegen des Verbots der "Höherqualifizierung" von individualvertraglichen Erklärungen durch AGB-Klauseln

Abzulehnen ist in diesem Zusammenhang die von Müller/Scholz/Schreven[83] für den Bereich der Zulieferkaufgeschäfte der Automobilindustrie geäußerte Auffassung, dort seien in überwiegender Zahl ausdrückliche oder stillschweigende Zusicherungen von Eigenschaften gegeben, so daß die Erstreckung auf einen kleineren Teil nicht qualifizierter verborgener Mängel wie z.B. in der Klausel

> "Bei verborgenen Fehlern sind wir berechtigt, Ersatz des nachgewiesenen Schadens zu verlangen".

keine unbillige Benachteiligung des Lieferanten sei. Billig könnte die Bestimmung doch nur sein, wenn dieser "kleine Teil" auch nur unbedeutende Rechtsfolgen für den Lieferanten mit sich brächte; gerade das ist aber nicht der Fall[84].

Vereinzelt wird auch auf der Vorderseite des Bestellformulars und durchgedruckt auf dem mitanhängenden Bestellannahmeformular der folgende Zusatz bei allen Bestellungen formularmäßig aufgeführt:

> "Sie sichern ausdrücklich zu, daß der Liefergegenstand bzw. Ihre Leistung die vertraglich bestimmten und vorausgesetzten Eigenschaften aufweisen".

---

83) a.a.O. S. 39
84) Staudinger-Honsell § 463 Rdn. 37; Thamm BB 1979, 688

Auch ein solcher vorformulierter Zusatz auf der Vorderseite gehört zu den EKB und nicht etwa zu den individuellen Vertragsabreden. Er unterliegt damit den vorstehend dargestellten Wirksamkeitsgrenzen.

Die nachstehende Klausel enthält keine Umqualifizierung von Beschaffenheitsangaben, sondern lediglich die Verpflichtung zur Einhaltung von Eigenschaften und Leistungen:

> "Er ist insbesondere verpflichtet, die in den Angeboten, Prospekten, Preislisten und sonstigen Unterlagen zugesagten oder auch nur mitgeteilten Eigenschaften und Leistungen bei den an uns durchgeführten Lieferungen einzuhalten".

Darin steckt keine Haftungserweiterung zu Lasten des Lieferanten.

c) Erweiterte Garantiehaftung

Vereinzelt finden sich Bestimmungen, wonach die Gewährleistung allgemein in eine "Garantie" umgewandelt wird:

> "Der Lieferer garantiert, daß der Liefergegenstand keine seinen Wert oder seine Tauglichkeit beeinträchtigenden Mängel aufweist und keine der ihm zugesicherten Eigenschaften fehlen. Die Lieferung hat den im Bestellschreiben angegebenen Bedingungen sowie den neuesten technischen und behördlichen Vorschriften zu entsprechen. Die Garantie erlischt 12 Monate nach der endgültigen Abnahme der Besteller-Gesamtanlage durch den Besteller-Kunden. Der Lieferer übernimmt auch für die von seinen Unterlieferanten gelieferten Teile die gleiche Garantie".

"...Mit der Ersatzleistung bzw. Mängelbeseitigung übernimmt der Lieferer eine erneute Garantie für die Dauer eines Jahres. Durch Abnahme oder durch Zustimmung zu vorgelegten Zeichnungen verzichtet der Besteller nicht auf Garantieansprüche".

"Falls der Lieferer seiner Mängelbeseitigungs- oder Ersatzlieferungspflicht nicht unverzüglich nachkommt, die Durchführung der Garantiearbeiten ablehnt, Gefahr in Verzug ist oder Dringlichkeit vorliegt, so ist der Besteller berechtigt, Nachbesserungen oder Ersatzlieferungen nach vorheriger Anmahnung auf Liefererkosten und -gefahr, selbst auszuführen oder durch Dritte ausführen zu lassen, ohne daß es weiterer Fristsetzung bedarf. Durch diese Maßnahmen werden Lieferer-Garantieverpflichtungen nicht berührt. Falls der Lieferer seiner Mängelbeseitigungs- oder Ersatzlieferungspflicht nicht innerhalb einer von dem Besteller gesetzten angemessenen Frist nachkommt, ist der Besteller weiter berechtigt, wahlweise Minderung oder Wandlung zu verlangen".

Aus diesen Klauseln läßt sich kein selbständiger Garantievertrag ableiten[85]. In den beiden letzten Klauseln enthält die Verwendung des Begriffs "Garantie" auch in der Verbindung mit anderen Begriffen keine Abänderung der gesetzlichen Mängelhaftung; allein die Verwendung des Begriffs "Garantie" vermag nämlich ohnehin eine derartige Abänderung oder gar einen Ausschluß der gesetzlichen Gewährleistung nicht herbeizuführen[86].

---

85) Heiseke NJW 1967, 238; Staudinger-Honsell § 459 Rdn. 88; a.A. Tengelmann NJW 1966, 2195 (2196 ff.)

86) Erman-Weitnauer vor § 459 Rdn. 56i; Löwe/v. Westphalen AGBG Anh. § 11 Nr. 10 Rdn. 1 ff.

Dagegen erweckt die erste der vorstehenden drei Klauseln den Anschein zumindest einer qualifizierten Zusage über die Qualität des Liefergegenstands. Tatsächlich enthält deren Satz 1 aber lediglich eine nicht über § 459 BGB hinausgehende Aussage, wobei der gesetzliche Begriff "haftet" durch "garantiert" ersetzt ist. Satz 2, der nähere Qualitätsvorschriften enthält, vermeidet sowohl den Begriff "Garantie" als auch die "Zusicherung". Damit bewegt sich die Klausel im Rahmen der gesetzlichen Gewährleistung - abgesehen von der zulässigen zeitlichen Verlängerung der Mängelhaftung - und ist ebenfalls wirksam[87].

d) Haftung ohne Verschulden

In einer Reihe von Klauseln wird eine Haftung ohne Verschulden angeordnet, der Schadensersatz dabei allerdings konkretisiert oder auf bestimmte Fälle begrenzt:

> "Einen darüberhinausgehenden Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung haben wir dann, wenn der Lieferer bei der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten grob fahrlässig gehandelt hat oder wenn wir selbst wegen mangelhafter Lieferung des Lieferers ersatzpflichtig gemacht werden".

> "Im Rahmen dieser Bestimmungen gilt als vereinbart, daß insbesondere bei Baubeschlägen, Dichtungsmaterialien und Glas der Auftragnehmer auch für den Folgeschaden haftet (z.B. Ein- und Ausbaukosten), der uns im Zusammenhang mit der fehlerhaften Lieferung oder Leistung entsteht".

---

87) kritisch zu einer Umwandlung der Gewährleistung schlechthin in Garantie: BDI-Verlautbarung März 1969 in Eberstein S. 82 Nr. 8

"Stellen wir Mängel erst bei der Be- oder Verarbeitung oder bei der Ingebrauchnahme fest, können wir von dem Lieferant Ersatz der bis dahin nutzlos aufgewendeten Kosten verlangen".

"Für den Fall der Ersatzlieferung sind die am Tage der Ersatzlieferung gültigen Preise des Lieferers in Rechnung zu stellen, falls sie unter den ursprünglich vereinbarten Preisen liegen. Mängel, die erst bei der Be- oder Verarbeitung oder Ingebrauchnahme in Erscheinung treten, berechtigen uns, Ersatz der nutzlos aufgewandten Material-, Lohn- und sonstigen Kosten zu verlangen".

"Wird wiederholt fehlerhaft geliefert, sind wir zur Geltendmachung des uns daraus entstandenen Schadens und für den nicht erfüllten Teil zum Rücktritt berechtigt".

Die vorstehende Klausel bedingt ebenfalls ein Verschulden des Lieferanten ab, da das "wiederholt" nicht näher eingegrenzt ist.

Nur soweit die Wiederholung des Fehlers trotz einer rechtzeitigen Rüge des Bestellers und einer daraufhin unterbliebenen Fehlerquellensuche des Lieferanten erfolgte, liegt ein Verschulden des Lieferanten schon in der wiederholten Fehlerlieferung[88].

Ohne jede Einschränkung bestimmen dagegen die nachfolgenden Klauseln eine (unbegrenzte) Haftung des Lieferanten auch ohne Verschulden:

---

88) unklar: Müller/Scholz/Schreven S. 41 f.

"Die Lieferung/Leistung muß die zugesicherten Eigenschaften haben und den anerkannten Regeln der Technik sowie den einschlägigen Bestimmungen der Behörden und Sachverbänden insbesondere hinsichtlich der Sicherheiten, entsprechen. Entspricht sie diesen Anforderungen nicht, so hat der Auftraggeber nach unserer Wahl entweder die Mängel unverzüglich auf seine Kosten zu beseitigen oder die mangelhaften Teile kostenfrei gegen einwandfreie auszuwechseln oder den Schaden - auch den mittelbaren - zu ersetzen, der uns entstanden ist".

"Stellt sich die Fehlerhaftigkeit eines in ein Fahrzeug eingebauten Liefergegenstandes erst beim Betrieb des Fahrzeugs heraus, hat uns der Lieferant bis zur Dauer 1 Jahres seit Erstzulassung sämtliche erforderlichen Kosten der Schadensbehebung zu erstatten".

"Stellt sich die Fehlerhaftigkeit des Liefergegenstandes erst beim Betrieb des Fahrzeugs/Aggregats heraus, hat uns der Lieferant bis zu der Fahrleistung/Benutzungsdauer von maximal 20.000 km bzw. 12 Monate seit Erstzulassung/Einbau alle Kosten unserer Leistungen für die Reparatur bzw. Wiederbeschaffung der schadhaften Teile zu erstatten. Die Montage und Materialnebenkosten sind dabei nach den bestehenden bzw. noch zu vereinbarenden Verrechnungssätzen zu vergüten".

"Die Haftung des Lieferers erstreckt sich auf unmittelbare und mittelbare Schäden, auch soweit sie die Zulieferungen durch Unterlieferanten betreffen".

"Im Falle einer Mängelrüge sind wir berechtigt, kostenlose und frachtfreie Ersatzleistung zu verlangen, nach unserer Wahl aber auch die Mängel auf Kosten des Lieferers durch uns oder durch Dritte beseitigen zu lassen oder auch ganz vom Vertrag zurückzutreten; Schadensersatzpflicht bleibt in jedem Falle vorbehalten".[89]

"Der Auftragnehmer hat den Auftraggeber von allen Ansprüchen freizustellen, die seitens Dritter gegen ihn erhoben werden und die unmittelbar oder mittelbar mit den Lieferungen und/oder Leistungen des Verkäufers in Verbindung stehen".

Alle formularmäßigen Haftungserweiterungen über die gesetzlichen Regeln hinaus, also insbesondere die Begründung von Schadensersatzpflichten einschließlich des Ersatzes von Mangelfolgeschäden ohne Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 463, 480 Abs. 2 BGB, sind gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unwirksam[90]. Ebenso widerspricht eine Haftung ohne Verschulden der Grundregel des § 275 BGB und verstößt damit gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz[91].

Es wird gerade bei den an sich dispositiven gesetzlichen Bestimmungen über die Zuweisung bestimmter Haftungsrisiken deutlich, daß in Anbetracht einer

---

89) hier ist allerdings unklar, ob eine Schadensersatzhaftung ohne Verschulden begründet werden soll

90) Ulmer/Hensen AGBG Anh. §§ 9-11 Rdn. 297; Thamm/Hesse BB 1979, 1583 (1587); Schmidt-Salzer AGB 1977 Rdn. F 168; Staudinger-Schlosser AGBG § 11 Nr. 10 Rdn. 88; nach früherem Recht bereits: Heinze NJW 1973, 2182 (2184 f.); Schmidt-Salzer NJW 1971, 654 gegen BGH a.a.O.

91) Ulmer/Hensen AGBG Anh. §§ 9-11 Rdn. 513; so schon nach früherem Recht: Schmidt-Salzer NJW 1971, 654; Gutachterausschuß Gutachten 7/75, S. 74 und 8/75, S. 77

solchen rechtspolitischen Regelung von hohem Gerechtigkeitsgehalt, die die beiderseitige Risikosphäre voneiander abgrenzt[92], eine formularmäßige Risikoverschiebung nicht hinnehmbar ist, sondern hier nur durch Individualvereinbarung Abweichungen vorgenommen werden können.

4. Produkthaftung

Ein Sonderfall in EKB ist die Produzentenhaftung[93] bzw. Produkthaftung[94].

a) Allgemeine Regelungen

Hierzu finden sich folgende Klauseln:

> "Werden wir aus Produzentenhaftung, wegen Verletzung behördlicher Sicherheitsvorschriften oder aus ähnlichen Rechtsgründen nach in- oder ausländischem Recht in Anspruch genommen, so hat der Lieferant einen uns entstandenen Schaden zu erstatten, soweit seine Lieferung bzw. sein Verhalten fehlerhaft und für den Schaden ursächlich war".

> "Wird ... aus Produzentenhaftung in Anspruch genommen, hat der Lieferant einen uns entstandenen Schaden zu erstatten, soweit seine Lieferungen bzw. sein Verhalten fehlerhaft und für den Schaden ursächlich waren".

---

92) Schmidt-Salzer AGB 1977 Rdn. F 168

93) Kullmann BB 1976, 1085; Anhalt "Produzentenhaftung" S. 11 ff., die beide darauf hinweisen, daß dieser Begriff die Haftung der mit dem Vertrieb befassten Personen wie auch der mit der Warenherstellung beschäftigten Mitarbeiter des Unternehmens/Produzenten nicht erfasst; vgl. auch Lukes "Reform der Produkthaftung" S. 1 ff. m.w.N. in Fußnote 4

94) Schmidt-Salzer "Entscheidungssammlung" S. XIX, wählt aus eben den vorstehenden Gründen den weitergehenden Begriff Produkthaftung; vgl. auch Lukes "Reform der Produkthaftung" S. 1 ff. m.w.N. in Fußnote 5

"Der Lieferant ist verpflichtet, uns von Ansprüchen aus Produkthaftung freizustellen, soweit sie von ihm verursacht sind".

"Werden wir aus Produzentenhaftung aufgrund in- oder ausländischen Rechts in Anspruch genommen, hat der Lieferant einen uns entstandenen Schaden zu ersetzen, soweit seine Lieferungen bzw. sein Verhalten fehlerhaft und für den Schaden ursächlich waren".

"Werden wir wegen Verletzung behördlicher Sicherheitsvorschriften oder aus anderen Rechtsgründen nach in- oder ausländischem Recht in Anspruch genommen, sind wir berechtigt, bei Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben von dem Lieferanten die Erstattung des bei uns entstandenen Schadens nach den Bestimmungen des uns gegenüber angewandten Rechts (Haftungsgrundsätze) zu verlangen, soweit seine Lieferungen bzw. sein Verhalten fehlerhaft und für den Schaden ursächlich waren, es sei denn, der Lieferant weist nach, daß der Schaden unabwendbar und unvorhersehbar gewesen ist. In Fällen, in denen ein Regreß zu erwarten ist, sind wir bereit, den Lieferanten über die gegen uns erhobenen Ansprüche und die von uns ergriffenen Maßnahmen zu informieren".

"Wir sind auch berechtigt, von dem Lieferanten Ersatz desjenigen Schadens zu verlangen, der uns dadurch entsteht, daß wir wegen Verletzung behördlicher Sicherheitsvorschriften oder aus sonstigen Gründen nach in- oder ausländischem Recht in Anspruch genommen werden oder Maßnahmen ergreifen müssen. Die Ersatzpflicht tritt ein, wenn die Inanspruchnahme oder Maßnahme in ursächlichem Zusammenhang mit einer fehlerhaften Lieferung des Lieferanten steht und dieser nicht nachweist, daß der Schaden unvorhersehbar und unabwendbar war. Hinsichtlich dieser Ansprüche verzichtet der Lieferant für die Dauer von 2 Jahren nach Geltendmachung auf die Einrede der Verjährung. Der Lieferant ist verpflichtet, sich gegen die vorstehenden Risiken ausreichend zu versichern. Bei der Geltendmachung eines Schadens werden wir die wirtschaftlichen Gegebenheiten des Lieferanten nach Treu und Glauben berücksichtigen".

"Werden wir aus Produzentenhaftung, wegen Verletzung behördlicher Sicherheitsvorschriften oder ähnlichem nach in- oder ausländischem Recht in Anspruch genommen, wird uns der Lieferant auf unser Verlangen von solchen Ansprüchen freistellen, soweit die vom Lieferanten gelieferten Waren für die Schäden ursächlich waren. Ersetzen wir Dritten bei Inanspruchnahme deren Schäden, so erstattet der Lieferant unsere Aufwendungen, wenn und soweit wir Freistellung hätten verlangen können".

"Im übrigen haftet uns der Lieferer nach allgemeinen Grundsätzen, insbesondere nach den Grundsätzen der Produzentenhaftung, für alle Schäden, die uns unmittelbar oder mittelbar durch die Lieferung einer mangelhaften Ware über den reinen Sachmangel hinaus entstehen".

Gerade an diesen weitgefassten Formulierungen ist zu erkennen, wie einfach es sich häufig die EKB-Verwender zu machen versuchen. Es ist schon früher darauf hingewiesen worden, daß eine derartige umfassende Abwälzung von Haftungsrisiken auf den Zulieferer dazu führen kann, daß sich der "Assembler"[95] von einer Haftung weitgehend befreit[96]. Diese Haftungsabwälzung erfolgt dazu ohne besondere Gegenleistung des Bestellers; das ergibt sich daraus, daß die Abwälzung in EKB formuliert ist[97].

Allein die letzte Klausel geht nicht über die gesetzliche Haftung des Lieferanten hinaus; sie beschreibt nämlich nur seine gesetzliche Haftung. Anders dagegen alle davorstehenden Klauseln: dort wird die Haftung des Lieferanten auf Schadensersatz allein auf die Fehlerhaftigkeit und die Ursächlichkeit seiner Lieferung oder seines Verhaltens für den Schaden zurückgeführt, ohne daß es also auf ein Verschulden des Lieferanten ankäme.

Nun kann auch der Besteller seinerseits seinen inländischen Vertragspartnern auf Grund besonderer Zusicherungen von Eigenschaften und ausländischen Vertragspartnern oder Dritten in bestimmten Ländern, z.B. in Frankreich[98] und in den Vereinigten Staaten von Amerika[99], ohne ein Verschulden auf Schadensersatz

---

95) zum Begriff des assembling: Schmidt-Salzer "Produkthaftung" Rz. 145
96) Schmidt-Salzer "Produkthaftung" Rz. 149; Lemppenau DB 1980, 1679 (1681)
97) Lemppenau DB 1980, 1679 (1681)
98) Haftung des professionellen Verkäufers (vendeur professionnel) für verdeckte Mängel (vice caché) gem. Art. 1645 Code civil ohne Möglichkeit eines Entlastungsbeweises: Schmidt-Salzer "Produkthaftung im französischen usw. Recht" Rz. 22 ff.
99) Vertragshaftung des Verkäufers für implied und express warranties und Deliktshaftung des Herstellers (strict liability in tort): Schmidt-Salzer a.a.O. Rz. 197 ff. und Rz. 215 ff.

haften. Insoweit läge es nahe, für solche Fälle der Nichtverschuldenshaftung einen formularmäßigen Regreß gegen den schadensverursachenden Lieferanten auch ohne dessen Verschulden zuzulassen. Begründen ließe sich dies z.B. damit, daß ein Geschädigter in Frankreich[100] auch ohne vertragliche Beziehung gegen den Zulieferanten des in Anspruch genommenen Bestellers vorgehen könnte und der Zulieferer dann diesem Geschädigten ebenfalls ohne Verschulden für seine Schadensverursachung haften würde. Außerdem stünde es einem z.B. in Frankreich[101] oder in den USA[102] verklagten Hersteller auch frei, im Wege der Klage Regreß gegen den Lieferanten zu nehmen; auch hier käme es nach diesen Rechtsordnungen auf ein Verschulden des Lieferanten nicht an.

Allerdings lassen die vorstehenden Klauseln eine derartige Beschränkung der Nichtverschuldenshaftung des Lieferanten auf solche "Regreßfälle" aus Nichtverschuldenshaftung nicht erkennen. Vielmehr läßt ihr Wortlaut,an dessen Auslegung in seiner weitesten Fassung sich der jeweilige EKB-Verwender bei der Beurteilung der Wirksamkeit festhalten lassen muß[103], eine generelle Haftung des Lieferanten für Schäden im In- und Ausland ohne Vorliegen eines Verschuldens zu. Eine derartige formularmäßige Haftungserweiterung

---

100) dabei handelt es sich aber beim Durchgriffsanspruch des geschädigten Käufers nicht, wie Schmidt-Salzer a.a.O. Rz. 46 meint, um einen Fall der "action directe", sondern um einen gewohnheitsrechtlich begründeten vertraglichen Anspruch: Ferid "Das französische Zivilrecht" 1. Band Rz. 2 F 342 ff.

101) sog. "appel en garantie": Schmidt-Salzer a.a.O. Rz. 40 ff.; Ferid a.a.O. Rz. 2 F 348

102) sog. "third party-complaint": Schmidt-Salzer a.a.O. Rz. 259

103) BGH DB 1980, 494

über die gesetzlichen Regeln hinaus ist gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unwirksam[104]. Daran ändern auch die verschiedentlich vorgesehenen Treu- und Glaubens-Bindungen des Bestellers nichts. Denn diese Bindungen beseitigen nicht die über die gesetzlichen Regeln hinausgehende Nichtverschuldenshaftung. Sie lassen vielmehr auch diese weite Haftung zu und begrenzen lediglich die Höhe der Inanspruchnahme. Damit ist aber die zu weit gehende Haftung dem Grunde nach nicht beseitigt.

Selbst bei einer beschränkten Abwälzung vor allem des ausländischen Haftungsrisikos auf den Lieferanten bleiben aber Zweifel, ob hier nicht eine unangemessene Benachteiligung des normalen Lieferanten vorliegt. Das Unternehmerrisiko gerade z.B. einer Automobilkonstruktion kann ein Zulieferer häufig nicht oder nur unzureichend abschätzen, dementsprechend nicht steuern und daher auch nicht verantworten[105]. Das liegt nicht nur an der zum Teil mittelständischen Struktur der Zulieferer - auch an solche wenden sich die jeweiligen EKB ja ohne Differenzierung -, sondern vor allem und ganz einfach an der bereits extrem fortgeschrittenen Spezialisierung.

Natürlich weiß der Zulieferer eines Automobilherstellers, daß seine Zulieferteile auch in Exportfahrzeuge eingehen. Die Kenntnis aller dabei für

---

104) siehe oben Seite 148

105) Diederichsen NJW 1978, 1281 (1286); Schmidt-Salzer "Produkthaftung" Rz. 138; ders. "Produkthaftung im französischen u.s.w. Recht" Rz. 137 ff.; Lemppenau DB 1980, 1679 (1681)

die Zulieferteile zu beachtenden Sicherheitsvorschriften wird sich aber nur ein sehr großer Zulieferer entgegenhalten lassen müssen. Im übrigen wird der Besteller nicht umhin können, insoweit dem Lieferanten jeweils spezifische und nicht nur pauschale Liefervorschriften aufzugeben.

Selbst eine formularmäßige eingeschränkte Haftungsabwälzung unter der Berücksichtigung und Einhaltung der vorstehenden Voraussetzungen müßte dann noch dahin eingeschränkt werden, daß den besonderen Verhältnissen des Lieferanten, insbesondere auch dem Wert seines Lieferanteils am gesamten Erzeugnis des Bestellers, angemessen Rechnung getragen wird. Das beruht darauf, daß die Gesamtproduktverantwortung des Endherstellers im Vordergrund zu stehen hat; ihm gebührt ja auch der aus diesem Gesamtprodukt fließende Ertrag allein ohne Teilhabe des Zulieferers. Daß diese Gesichtspunkte schon Eingang in die Überlegungen von EKB-Verwendern gefunden haben, zeigen die vereinzelten Treu- und Glaubens-Bestimmungen in Haftungsklauseln[106].

b) Qualitätskontrolle

Gerade große EKB-Verwender haben konsequente Kontrollpflichten, aus denen die Rechtsprechung[107]

---

106) siehe auch oben Seite 154
107) z.B. BGH BB 1967, 1357; BGH BB 1977, 1117; BGH VersR 1960, 855

etwaige Ansprüche gegen sie hätte ableiten können, auf ihre Zulieferer verlagert. Hier handelt es sich insbesondere um die vertraglich auferlegte Durchführung von Qualitätstests[108], die besonderen Sicherheitsanforderungen genügen müssen:

> "Der Lieferant ist verpflichtet, die für seine Lieferungen geforderten technischen Daten einzuhalten, die Qualität seiner Erzeugnisse ständig zu überprüfen und auf mögliche Verbesserungen des Liefergegenstandes hinzuweisen. Erst nachdem wir die Muster akzeptiert haben, darf mit der Serienlieferung begonnen werden. Jede Änderung des Liefergegenstandes bedarf unserer vorherigen Zustimmung. In den Fällen, in denen Art und Umfang der Prüfungen sowie die Prüfmittel und Methoden mit den verschiedenen Lieferanten und uns vereinbart worden sind, sind wir auf Verlangen des Lieferanten bereit, seine Prüfungen im Rahmen unserer Kenntnisse, Erfahrung und Möglichkeiten mit ihm zu erörtern, um gemeinsam den jeweiligen Stand der Prüftechnik zu ermitteln".
>
> "... Der Lieferant hat eine nach Art und Umfang geeignete, dem neuesten Stand der Technik entsprechende Qualitätskontrolle durchzuführen...".

Bemerkenswert ist hier, daß sich EKB-Verwender mehrfach gar nicht oder erst in verbandlichen Schlichtungsverfahren dazu bereitgefunden haben, bei der Auswahl von Prüfverfahren und Prüfanforderungen mitzuwirken. Diese Zurück-

---

108) BGH BB 1975, 1031; BGH VersR 1960, 855 (856) und die darin zitierte Entscheidung des OLG Bremen sowie BGH BB 1967, 1357 und die darin zitierte Entscheidung des LG Kleve

haltung beruht offensichtlich darauf, die Verantwortung für die Qualitätsprüfung und damit für die Qualität von Zulieferteilen möglichst weitgehend dem Zulieferer aufzubürden[109].

Die eigene Eingangsprüfung des Bestellers wird dadurch allerdings nicht überflüssig und in den vorstehenden Klauseln auch nicht abbedungen. Die Klauseln sind daher insoweit[110] wirksam. Das gilt auch für die Anbindung der Qualitätskontrolle in der zweiten Klausel an den neuesten Stand der Technik. Die für die Entwicklung und Herstellung von Erzeugnissen geltenden Sicherungspflichten müssen auch auf die Prüfung solcher Erzeugnisse Anwendung finden. Hiernach genügt nicht die Beachtung des allgemein anerkannten Standes der wissenschaftlichen Erkenntnis und der Technik oder der allgemein anerkannten Regeln der Technik. Vielmehr bedarf es der Orientierung mit aller Sorgfalt an den neuesten zugänglichen technischen und wissenschaftlichen Erkenntnissen und Möglichkeiten[111], selbst wenn sie über die gegenwärtig allgemein anerkannten Regeln hinausgehen[112]. Allerdings ist eine Verwertung und z.B. auch Lizenznahme selbst entlegenster neuester Erkenntnisse nicht erforderlich[113]; die Übernahme solcher Forschungsergebnisse ist nur dann notwendig, wenn sie objektiv erkennbar und ermittelbar und in gewisser Weise abgesichert und gefestigt sind[114].

---

109) da der Zulieferer im Rahmen seiner Beteiligung an den Qualitätskontrollen haftet, Schmidt-Salzer "Produkthaftung" Rz. 138; ders. "Produkthaftung im französischen u.s.w. Recht" Rz. 130 ff.; ders. BB 1979, 1 (2 f., 4 f.); BGH VersR 1960, 855 f.

110) zur ersten Klausel siehe auch unten Seite 161

111) BGH BB 1970, 1414 (1415); Dunz/Kraus S.86; v. Westphalen BB 1971, 152 (156); Palandt-Thomas BGB § 823 Anm. 16 Dc, cc; Kullmann "Produzentenhaftung" Kennzahl 1520, S. 27

112) BGH VersR 1967, 1194 (1195)

113) Kullmann "Produzentenhaftung" Kennzahl 1520, S. 28

114) Kullmann "Produzentenhaftung" a.a.O.; Brendel "Qualitätsrecht" S. 83

Die zweite Klausel gibt damit mit ihrer Berufung auf den neuesten Stand der Technik nur für den Lieferanten ohnehin geltendes Recht wieder.

Qualitätsvorschriften wie in der nachstehenden Klausel finden sich häufig:

> "Die zu liefernden Waren müssen den jeweils geltenden in- und ausländischen gesetzlichen Bestimmungen, den Unfallverhütungsvorschriften, den einschlägigen Verordnungen und Richtlinien, den VDE-Vorschriften und den anerkannten neuesten Regeln der Technik sowie genauestens den dem Auftrag zugrundeliegenden Unterlagen, wie Zeichnungen, Beschreibungen, Mustern, Spezifikationen, Abnahmebedingungen usw. entsprechen".

Zu pauschal ist die Verpflichtung zur Einhaltung auch der jeweils geltenden ausländischen gesetzlichen Bestimmungen. Die Klausel enthält nämlich keinen Anhaltspunkt dafür, welche ausländischen Rechtsordnungen gemeint sein sollen. Damit wären sämtliche Länder der Erde denkbar. Eine solche uneingeschränkte pauschale Verpflichtung ist jedoch unangemessen. Infolge der leichten Trennbarkeit dieses Klauselteils von den übrigen, nicht zu beanstandenden Regelungen ist die vorstehende Klausel im Wege einschränkender Auslegung nur hinsichtlich dieses auslandsbezogenen Teils unwirksam, § 5 AGB-Gesetz.

Einige EKB-Verwender verpflichten ihre Lieferanten zur Prüfung der von ihnen beigestellten Materialien und Zeichnungen:

"Wird das Material von uns gestellt oder von Dritten beschafft, so ist der Lieferer verpflichtet, das gestellte oder beschaffte Material auf seine Eignung und Fehlerfreiheit zu prüfen".

"Wenn wir Material beistellen, muß der Lieferant etwaige Fehler unverzüglich melden; fehlerhaftes Material darf er nur entsprechend unseren Anweisungen verarbeiten. der Lieferant haftet für die materialgerechte Behandlung der ihm zum Verarbeiten oder Veredeln übergebenen Stoffe".

Es ist selbstverständlich, daß der Lieferant beigestelltes Material vor dessen Einsatz auf offensichtliche Mängel untersucht. Gleichfalls muß der Lieferant erst bei der Fertigung auftretende oder erkennbare Mängel dem Besteller unverzüglich bekanntgeben, um sich seine Rechte zu erhalten.

Weitergehende Prüfungspflichten enthalten die folgenden Bestimmungen:

"Irgendwelche Bedenken, die Sie gegen unsere Spezifikationen haben, sind uns unverzüglich vor Beginn der Fertigung schriftlich mitzuteilen".

"Der Auftragnehmer ist verpflichtet, die von uns bestellten Artikel daraufhin zu überprüfen, ob die technisch richtige, beste und neueste Ausführungsform gewählt wurde".

Eine formularmäßige generelle Prüfungsverpflichtung des Lieferanten, ob das Material für die Zwecke des Bestellers geeignet sei oder ob gegen die Spezifikationen des Bestellers Bedenken bestehen, ist jedoch zumindest bei reinen Lohnfertigungsaufträgen abzulehnen, da solche erweiterten Prüfungen mit dem reinen Bearbeitungsentgelt nicht abgegolten werden können (und auch nicht werden). Ist jedoch dem Lieferanten eine solche Eignungsbeurteilung kraft seiner besonderen Sachkunde ohne weiteres, also ohne aufwendige Prüfung, möglich und zumutbar, so kann er hierzu auch in EKB verpflichtet werden.

Beide Klauseln differenzieren allerdings nicht nach Auftragsart und besonderer Sachkunde des Lieferanten. Der EKB-Verwender muß sich daher die weitestgehende, zu unangemessenen Ergebnissen führende wortlautgemäße Auslegung entgegenhalten lassen[115]. Da die erste Klausel zugleich implizit bedeutet, daß eine Verletzung der auferlegten Verpflichtung eine schadensersatzpflichtige Vertragsverletzung darstellen würde, führt die weite Auslegung zu einer unzumutbaren Benachteiligung des Lieferanten und damit zur Unwirksamkeit dieser Klausel gemäß § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz.
Die zweite Klausel ist in ihrer möglichen weiten Auslegung ebenfalls unangemessen und daher unwirksam. Dem Lieferanten wird nämlich letztlich die Verantwortung für die vom Besteller vorgesehene Produktverwendung überwälzt. Diese

---

115) BGH DB 1980, 494

Konstruktionsverantwortung für die Anforderungen und Eignung des Zulieferteils für das Endprodukt obliegt jedoch dem Hersteller des Endprodukts[116]. Die gleichen Grundsätze sind auch auf den ersten Satz, 2. Teil der eingangs an erster Stelle wiedergegebenen Klausel anzuwenden. Die pauschale Verpflichtung des Lieferanten, auf mögliche Verbesserungen des Liefergegenstands hinzuweisen, führt zur Abwälzung der dem Besteller obliegenden Konstruktionsverantwortung auf den Lieferanten, ohne daß er hierfür ein besonderes Entgelt erhielte. Das ist nach dem Vorhergesagten unangemessen.

5. Versicherung

Vereinzelt wird im Rahmen der Schadensersatzhaftung formularmäßig Versicherungsnachweis gefordert:

> "Der Lieferant ist verpflichtet, sich gegen die vorstehenden Risiken ausreichend zu versichern".
>
> "Der Auftragnehmer hat mit der Auftragsbestätigung eine Kopie seiner Betriebshaftpflichtversicherung vorzulegen".
>
> "Der Lieferant erklärt, daß eine Betriebshaftpflichtversicherung mit folgenden Deckungsmindestbeträgen abgeschlossen ist:
>
> Personenschäden DM 1.000.000,-- je Einzelperson und Schadensereignis
> Sachschäden DM 1.000.000,-- für jeden Schadensfall.
> Auf Anforderung ist der Versicherungsnachweis zu führen".

---

116) Kullmann "Produzentenhaftung" Kennzahl 1520, S. 29 ff.

Als Formularbestimmung ist dies zu weitgehend, so sachgerecht es für die Absicherung einzelner oder laufender Liefergeschäfte auch erscheint. Die Entscheidung, ob und wie hoch sich ein Unternehmen versichert, ist seine Angelegenheit. Die Frage, wie der Lieferant Vorsorge gegen eine etwaige Inanspruchnahme auf Schadensersatz trifft, berührt nämlich nicht den Erfüllungsanspruch des EKB-Verwenders auf bestellgerechte Lieferung, sondern eine interne Maßnahme des Lieferanten. So kann der Lieferant durchaus anhand seines Produktionsprogramms und seiner bisherigen Erfahrungen andere geeignete Vorsorgemaßnahmen als eine derartige Versicherung für günstiger einstufen.

Bezieht der Besteller dagegen besonders haftungsanfällige Erzeugnisse oder setzt er sie in schadensträchtigen oder große Schäden zulassenden Bereichen ein, so ist sein Interesse an einer Haftpflichtversicherung des Lieferanten unabweisbar. Eine Beschränkung der vorstehenden Klauseln auf derartige Fälle lassen diese jedoch nicht erkennen. Damit erlegen sie bei wortlautgemäßer Auslegung dem Lieferanten eine Versicherungspflicht selbst für völlig ungefährliche Produkte auf. Das ist dem Lieferanten nicht zuzumuten. Die Klauseln sind daher gemäß § 9 AGB-Gesetz unwirksam.

Derartige Verpflichtungen bedürfen also individualvertraglicher Abmachung[117]. Hier sind sie dann aber nicht zu beanstanden.

---

117) z.B. im Rahmen einer Preistarifwahl; hierzu Kliege S. 67 f.; Dietlein NJW 74, 969 (973), Mroch S. 69; Schlosser/Graba AGBG § 9 Rdn. 54; Löwe AGBG § 9 Rdn. 17

In diesem Zusammenhang wird in der Zulieferindustrie erörtert, ob nicht eine beide Teile befriedigende Lösung der Deckung von Produkthaftungsrisiken durch einen vom jeweiligen Hersteller (z.B. Automobilproduzent) und den jeweiligen Zulieferern gebildeten Versicherungspool[118] erfolgen könnte. Dies geschieht z.B. bei Flugzeugentwicklungsprojekten[119]. Eine solche Lösung könnte ausreichend hohe Deckungssummen ermöglichen, eine unnötige[120] Doppelversicherung beim Zulieferer und beim Hersteller vermeiden sowie eine an das jeweilige Zuliefervolumen angepasste Prämie[121] jedes Zulieferers zulassen. Insgesamt gesehen wird sich durch eine derartige Poollösung aber keine Prämienersparnis ergeben, da die Doppelversicherung dem geteilten Risiko entsprechende niedrigere Prämien ermöglicht.

6. Schutzrechte

a) Überblick

In den neueren EKB finden sich eigenständige Bestimmungen über die Haftung des Lieferanten bei etwaiger Verletzung von Rechten Dritter, insbesondere von Schutzrechten, durch die Lieferung:

> "Der Lieferant garantiert dafür, daß durch seine Lieferung keine fremden Schutzrechte verletzt werden".

---

118) die bisherigen Überlegungen nach einem überbetrieblichen Fonds zielen dagegen auf die Absicherung von Entwicklungsgefahren, Simitis "Gutachten" C 82 ff.; Brendel "Qualitätsrecht" S. 136 ff.

119) Klingmüller bei Böckstiegel "Produkthaftung in der Luft- und Raumfahrt" S. 55 ff.

120) Diederichsen NJW 1978, 1281 (1286)

121) Brendel a.a.O. S. 136

"Mit der gelieferten Ware dürfen keine Eingriffe in die Patent-, Gebrauchsmuster- oder Warenzeichenrechte Dritter verbunden sein. Der Lieferant haftet uns gegenüber für Schäden, die uns aus solchen Eingriffen erwachsen".

"Der Verkäufer haftet uns dafür, daß die uns gelieferte Ware von gewerblichen Schutzrechten Dritter frei ist. Im Falle der Verletzung der Schutzrechte ist der Verkäufer für deren Geltungsdauer uns zum Ersatz aller Schäden verpflichtet, die hieraus uns oder Dritten erwachsen".

"Der Verkäufer ist verpflichtet, uns von jeglichen Ansprüchen freizustellen, die sich im Zusammenhang mit dem Kaufgegenstand aus Beeinträchtigung von Rechten Dritter, insbesondere gewerblicher Schutzrechte oder Urheberrechte ergeben".

"Der Verkäufer haftet dafür, daß die gelieferte Ware bestehende oder angemeldete Patente bzw. Gebrauchsmuster Dritter nicht verletzt und stellt uns gegebenenfalls von jeglichen Ansprüchen Dritter frei. Sollten wir trotzdem irgendwelche Schadensersatzansprüche zu leisten haben, so können wir Ersatz des uns entstehenden Schadens verlangen".

"Der Lieferant haftet dafür, daß die Benutzung oder Weiterveräusserung der bestellten Waren ohne Verletzung fremder gewerblicher Schutzrechte (Patente, Gebrauchsmuster, Warenzeichen, Lizenzrechte, etc.) zulässig ist. Er stellt uns bei Verletzung fremder Schutzrechte von allen Ansprüchen frei; wir sind überdies berechtigt, jederzeit vom Vertrag zurückzutreten. Im Falle eines Prozesses wegen einer Schutzrechtsverletzung hat der Lieferant die Höhe des nachgewiesenen oder drohenden Schadens, soweit letzterer nach dem Vorbringen des Klägers

ernsthaft eintreten kann, Sicherheit durch prolongierbares Wechselakzept, selbstschuldnerische Bankbürgschaft oder in anderer Weise zu leisten, die unserer Zustimmung bedarf. Der Lieferant trägt überdies alle die in Verbindung mit einem Prozess wegen Schutzrechtsverletzung anfallenden gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten und Aufwendungen".

Solche Klauseln sind durchweg zulässig. Gemäß § 434 BGB ist der Lieferant ohnehin verpflichtet, den verkauften Gegenstand frei von Rechten Dritter zu verschaffen. Hierbei handelt es sich um eine echte Leistungs-, also Hauptpflicht, und nicht nur um eine Gewährleistungspflicht wie bei Sachmängeln[122]. Zu solchen Rechten Dritter im Sinne von § 434 BGB gehören auch die in den vorstehenden EKB-Bestimmungen enthaltenen Immaterialgüterrechte[123]. Mit Vertragsabschluß entsteht die Verpflichtung des Lieferanten, derartige Rechtsmängel zu beseitigen[124]. Kommt der Lieferant seiner Beseitigungspflicht nicht nach, so richtet sich seine Schadensersatzpflicht nach den §§ 440, 320 ff. BGB. Steht bereits von vorneherein fest, daß der Lieferant das Recht des Dritten nicht beseitigen kann, so steht dem Besteller von Anfang an ein Schadensersatzanspruch zu[125].

---

122) Staudinger-Köhler § 434 Rdn. 1
123) Mezger in RGRK BGB § 434 Rdn.6; Malzer GRUR 1973, 620 (621 ff.)
124) OLG Stettin OLGRspr 8,60: OLG München DRW 1943, 296; für nach Eigentumsübergang entstehende Rechte: RGZ 105, 275; 111, 89
125) RGZ 69, 355; RG JW 1908, 712; Staudinger-Köhler § 434 Rdn. 17

Es bestehen keine Bedenken, wenn anstelle des Beseitigungsanspruchs häufig von vorneherein ein Schadensersatzanspruch begründet wird, da beide Ansprüche den Besteller so stellen sollen, wie er stünde, wenn er lastenfrei erworben hätte[126].

Das in der letzten Klausel dem Besteller eingeräumte Recht, bei ernsthaft drohendem oder nachgewiesenem Schaden eine entsprechende Sicherheit zu verlangen, ist angemessen. Denn es bestehen keine Bedenken, eine Konkretisierung und sogar eine Ausdehnung der Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche für das Vorliegen solcher Rechte von Dritten vorzusehen, für die der Lieferant nach dem Vorstehenden einzutreten hat. Die Zulässigkeit einer solchen Haftungserweiterung beruht darauf, daß es sich bei der Haftung für Rechtsmängel um eine Konkretisierung einer Hauptpflicht[127] des Lieferanten handelt, bei der es auf ein Verschulden nicht ankommt[128].

Überflüssig ist dagegen die nachstehende Klausel:

> "... Sofern der Lieferant über Schutzrechte verfügt, welche die Anwendung der von ihm gelieferten und für eine spezielle Verwendung geschaffenen Erzeugnisse zum Gegenstand haben, gewährt er uns an seinen Schutzrechten im Umfang der gelieferten Erzeugnisse ein kostenloses Benutzungsrecht".

---

126) Staudinger-Köhler § 434 Rdn. 17
127) Staudinger-Köhler BGB § 434 Rdn. 1
128) Larenz "Schuldrecht" Besonderer Teil § 40 II b, S. 27 ff.

Denn mit der Lieferung ist das Patentrecht des Lieferanten bereits verbraucht. Ist der Lieferant Inhaber eines Verfahrenspatents und Liefergegenstand eine zur Durchführung des Verfahrens bestimmte Vorrichtung, so liegt in der Lieferung bereits eine stillschweigend erteilte Lizenz[129].

b) Mittelbare Patentverletzung

Häufig bestimmen Schutzrechtsklauseln auch ausdrücklich die Haftung des Lieferanten für Verletzung von Schutzrechten bei "Benutzung" oder "Verwendung" der gelieferten Ware[130]:

> "Der Lieferer haftet dafür, daß durch die Lieferung und Benutzung der bezogenen Gegenstände Schutzrechte Dritter nicht verletzt werden".
>
> "Der Auftraggeber ist in diesem Falle auch berechtigt, auf Kosten des Auftragnehmers von dem Inhaber solcher Schutzrechte die erforderliche Genehmigung zur Lieferung, Inbetriebnahme, Benutzung, Weiterveräußerung usw. des Liefergegenstandes zu erwirken".
>
> "Der Lieferant haftet dafür, daß die Verwendung oder Weiterveräußerung der bestellten Waren ohne Verletzung von Rechten Dritter, insbesondere gewerblicher Schutzrechte, zulässig ist. Er stellt uns bei Verletzung auf erste Anforderung hin von allen Ansprüchen frei".

---

129) Tetzner, Leitfaden S. 126
130) siehe auch die Klausel auf Seite 164 unten

> "Der Lieferant verpflichtet sich, ... von allen etwaigen Ansprüchen, die im Zusammenhang und der Verwendung der umstehend genannten Ware wegen Verletzung gewerblicher Schutzrechte von Dritten erhoben werden sollten, freizustellen und ... den vollen als Folge einer Schutzrechtsverwarnung oder eines Vorgehens gegen ... aufgrund eines Schutzrechts entstehenden Schadens einschließlich eines etwaigen Folgeschadens zu ersetzen".

Damit ist die ohnehin gegebene Haftung für eine mittelbare Patentverletzung[131] ausdrücklich einbezogen.

Eine solche Verletzung setzt voraus, daß ein nicht unter Patentschutz stehender Gegenstand, z.B. ein Profil, in Verkehr gebracht und dann von einem anderen patentverletzend[132] benutzt wird[133]. Voraussetzung ist zwar, daß der gelieferte Gegenstand eine erfindungsfunktionelle Anpassung an den geschützten Erfindungsgedanken aufweist[134], so daß neutrale Teile also kein Gegenstand einer mittelbaren Patentverletzung sein können[135]. Andererseits genügt es aber, daß ein Mittel gerade zur Anwendung eines konkreten Verfahrens geeignet ist[136].

---

131) dieses Rechtsinstitut hat das Reichsgericht entwickelt, RG GRUR 1927, 696; GRUR 1928, 386; MuW 1927/28, 312; MuW 1929, 75; RGZ 122, 244; RGZ 141, 336; RGZ 146, 26; RGZ 149, 12; weitere Nachweise bei Schips GRUR 1961, 54, Fußnote 6. Der BGH hat es fortgeführt: BGH GRUR 1958, 179 (182); GRUR 1961, 466 (469); GRUR 1961, 627 f., GRUR 1964, 496 ff.

132) vgl. die zahlreichen Beispiele aus der Rechtsprechung bei Benkard PatG § 6 Rdn. 53

133) Tetzner "Leitfaden" S. 124 f.; Benkard PatG § 6 Rdn. 53

134) BGH GRUR 1961, 466 (469)

135) Tetzner "Leitfaden" S. 125, Lindenmaier PatG § 6 Rdn. 58

136) BGH GRUR 1961, 627; GRUR 1964, 496; Benkard PatG § 6 Rdn. 55; Lindenmaier PatG § 6 Rdn. 58

In den jenigen Fällen, in denen sowohl eine patentfreie wie eine patentverletzende Benutzung möglich ist, verlangt die Rechtsprechung[137] für den Tatbestand der mittelbaren Patentverletzung beim Lieferanten zumindest die Möglichkeit einer Erkenntnis der möglichen patentverletzenden Benutzung, also zumindest Fahrlässigkeit. Damit setzen sowohl ein Unterlassungsanspruch[138] wie ein Schadensersatzanspruch[139] gegen den mittelbaren Verletzer dessen Verschulden voraus.

Dieses Verschuldenserfordernis wird durch die vorstehenden kategorischen Haftungsbestimmungen beseitigt, womit wiederum eine Schadensersatzhaftung ohne Verschulden des Lieferanten begründet ist. Das ist wie schon im Falle der Verzögerungshaftung[140] und der Sachmängelhaftung[141] unangemessen, § 9 AGB-Gesetz.

c) § 439 Abs. 1 BGB

Vereinzelt wird der zugunsten des Lieferanten wirkende Haftungsausschluß des § 439 Abs. 1 BGB abbedungen:

---

137) RGZ 146, 26 (28 f.); RGZ 146, 29 (34 f.) und fortlaufende Rechtspr.; BGH GRUR 1958, 179 (182); GRUR 1961, 627

138) in der Literatur wird dagegen verbreitet die Auffassung vertreten, daß es für den Unterlassungsanspruch eines Verschuldens des Lieferanten nicht bedürfe: Tetzner "Leitfaden" S. 125; Lindenmaier PatG § 6 Rdn. 61; Benkard PatG § 6 Rdn. 57 m.w.N.

139) Benkard PatG § 6 Rdn. 60

140) siehe oben Seite 38 ff.

141) siehe oben Seite 148

"Der Lieferant übernimmt für seine Lieferungen Gewähr nach den gesetzlichen Vorschriften. Das gilt unter Ausschluß von § 439 BGB auch für etwaige Verletzung von Schutzrechten Dritter durch die Lieferung der Ware".

"Fälle etwaiger Rechtsmängel einschließlich der Verletzung von Schutzrechten Dritter hat der Auftragnehmer unbeschadet unserer etwaigen Kenntnis von einem solchen Mangel zu vertreten und uns von möglichen Ansprüchen Dritter freizustellen".

Die Bestimmung des § 439 Abs. 1 BGB ist zwar dispositiv[142], wobei allerdings diese Dispositionsfreiheit in eine andere Richtung zielt. Ein EKB-Verwender, der sehenden Auges einen mit einem Rechte Dritter belasteten Gegenstand erwirbt, kann nicht ohne Sondervereinbarung - z.B. das Versprechen des Lieferanten bei Vertragsabschluß, diese Belastung zu beseitigen - der Rechtsfolge dieser Kenntnis enthoben werden[143]. Das wäre treuwidrig. Insoweit ist diese Ausschlußklausel daher wegen Verstoßes gegen § 9 AGB-Gesetz unwirksam[144].

Wirksam ist dagegen die folgende Klausel:

"... Schutzrechtsverletzungen haben wir nur für von uns beigestellte Zeichnungen usw. zu vertreten".

---

142) Staudinger-Köhler § 439 Rdn. 9
143) Malzer GRUR 1973, 620 (623)
144) Staudinger-Schlosser AGBG § 11 Nr. 10 Rdn. 88

Denn sie geht zugunsten des Lieferanten sogar über § 439 Abs. 1 BGB hinaus, indem die Haftung des EKB-Verwenders nicht auf solche Schutzrechtsverletzungen beschränkt ist, die er positiv kennt.

d) Ausländische Schutzrechte

Häufig wird die Haftung des Lieferanten auf ausländische Schutzrechte ausgeweitet:

> "Der Lieferant haftet dafür, daß durch die Verwendung der von ihm gelieferten Waren weder unmittelbar noch mittelbar gegen in- oder ausländische Schutzrechte oder sonstige Rechte, die keinen gesetzlichen Sonderschutz genießen, verstoßen wird und stellt uns und unsere Abnehmer von allen sich daraus ergebenden Ansprüchen frei. Darüberhinaus haftet der Lieferant für jeden weiteren unmittelbaren oder mittelbaren Schaden, der uns aus einer Verletzung solcher Rechte entsteht. Dies gilt nicht, soweit der Lieferant Waren ausschließlich nach unseren Zeichnungen und Modellen herstellt und er nicht weiß oder wissen muß, daß die Herstellung dieser Waren eine Rechtsverletzung im vorgenannten Sinne darstellt. Der Lieferant wird uns auf unser Verlangen alle ihm bekannt werdenden Schutzrechte und Schutzrechtsanmeldungen nennen, die er im Zusammenhang mit den zu liefernden und den gelieferten Waren benutzt. Stellt der Lieferant in Verbindung mit der Herstellung von Waren fest, daß dadurch Schutzrechte oder Schutzrechtsanmeldungen verletzt werden könnten, hat uns der Lieferant ohne Aufforderung unverzüglich zu benachrichtigen".

"Der Lieferant leistet Gewähr dafür, daß durch Lieferung und Verwendung der bestellten Ware im In- und Ausland gewerbliche Rechte Dritter nicht verletzt werden. Insbesondere hat er uns von den Ansprüchen Dritter freizustellen. Dies gilt auch für Teile, die der Lieferant von Unterlieferanten bezogen hat".

"Der Lieferant übernimmt die volle und selbständige Gewähr dafür, daß durch die Lieferung und Benutzung der bestellten Gegenstände Schutzrechte Dritter im In- und Ausland nicht verletzt werden, und hat uns von allen Ansprüchen freizustellen, die uns gegenüber aus einer Schutzrechtsverletzung geltend gemacht werden. Bei Verletzung von Schutzrechten Dritter stehen uns gegen den Lieferanten außer Schadensersatzansprüchen auch alle gesetzlichen und vertraglichen Ansprüche aus Sach- und Rechtsmängeln zu; das gilt auch für Teile, die der Lieferant von Dritten bezogen hat".

"Sie haften dafür, daß die gelieferten Waren bzw. erstellten Anlagen und Einrichtungen, soweit sie nicht nach unseren Zeichnungen hergestellt sind, und deren Verwendung keine in- oder ausländischen gewerblichen Schutzrechte oder sonstigen Rechte Dritter verletzt. Insbesondere werden Sie für alle Schäden aufkommen, die uns, unseren Abnehmern und Rechtsnachfolgern wegen der Verletzung eines solchen Rechts entstehen und in etwaige Rechtsstreitigkeiten und Vergleichsverhandlungen auf Ihre Kosten eintreten bzw. hierdurch entstehende Kosten übernehmen. Falls durch ein gerichtliches Urteil festgestellt wird, daß die gelieferte Ware ein solches Recht verletzt oder aufgrund des Gut-

achtens eines unparteiischen, gerichtlich vereidigten Sachverständigen begründete Zweifel in dieser Hinsicht bestehen, sind wir berechtigt, mit sofortiger Wirkung vom Vertrag zurückzutreten. In keinem Fall werden Sie gegen uns irgendwelche Ansprüche aus gegebener technischer Information herleiten. Wir sind in der Verwendung dieser Information frei. Im Interesse umfassender Information werden Sie uns unverzüglich diejenigen in- und ausländischen Schutzrechte bzw. Schutzrechtsanmeldungen nennen, die nach Ihrer Ansicht Ihre Lieferung bzw. Leistung betreffen".

"Der Lieferer übernimmt die Gewährleistung dafür, daß die ... durch den Weiterverkauf, die Benutzung oder den Einbau[145)] der gelieferten Erzeugnisse keine Patente oder sonstigen Schutzrechte Dritter im In- und Ausland verletzt; er hält sich bei Schadensersatzansprüchen Dritter schadlos. Der Lieferer hat hier Rechtsbeistand zu leisten oder auf Verlangen auf seine Kosten in etwaige Rechtsstreite einzutreten".

Die Haftung des Lieferanten gemäß § 434 BGB beschränkt sich beim Inlandskauf auf die Freiheit von solchen Rechten Dritter, die gegen den Käufer hinsichtlich des gekauften Gegenstands im Geltungsbereich des BGB geltend gemacht werden können. Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich um in- oder ausländische Rechte handelt, sofern sie jedenfalls im Inland Rechtswirkungen entfalten.

---

145) ob der Einbau des Liefergegenstands patentneutral oder patentverletzend erfolgt, kann der Lieferant nicht überblicken, geschweige denn beeinflussen. Daher kann er für einen patentverletzenden Einbau auch nicht haften

Die vorstehenden Klauseln gehen darüber weit hinaus. Denn mit ihnen wird eine Haftung des inländischen Lieferanten gegen seinen inländischen Abnehmer auch für solche Rechte Dritter begründet, die gegen diesen inländischen Abnehmer hinsichtlich des gekauften Gegenstands allein im Ausland geltend gemacht werden können.

Nun wird der Lieferant die Kenntnis und damit das Einstehen für sämtliche ausländischen Schutzrechte oder gar "sonstigen Rechte" in den seltensten Fällen gewährleisten können[146].

Soweit der Lieferant allerdings Ausländer ist, muß er auch für seinen eigenen Rechtskreis einstehen. Schon über vorstehende Grenzen hinausgehende Anforderungen an das Einstehen für etwaige Rechte Dritter sind von § 434 BGB infolge seiner Inlandsbezogenheit in der Regel nicht gedeckt.

Dennoch ist es nicht zu übersehen, daß der Lieferant in bestimmten Fällen auch für im Ausland wirkende Rechtsmängel einzutreten hat. So halten Thamm/Hesse[147] eine formularmäßige Haftung für ausländische Schutzrechte nur solange für grob unbillig, "solange der Lieferer nicht weiß, in welche Länder seine Waren weitergegeben werden". Da die EKB für eine Vielzahl von Geschäften zugeschnitten sind, müßten sich diese Länder allerdings aus den EKB selbst und nicht erst

---

146) Müller/Scholz/Schreven S. 55, allerdings nur für außereuropäische Staaten

147) BB 1979, 1583 (1587)

aus dem einzelnen Geschäftsvorfall ergeben. Dementsprechend wären die vorstehenden Klauseln sämtlich schon mangels der Konkretisierung der einzelnen ausländischen Staaten grob unbillig und so gemäß § 9 AGB-Gesetz unwirksam.

Müller/Scholz/Schreven[148] wollen anscheinend nur außereuropäische Rechtskreise in ein Verbot der formularmäßigen Haftung für die Freiheit von Rechten Dritter einbeziehen. Allerdings geben die vorstehenden Klauseln für eine solche Differenzierung ebenfalls keine Anhaltspunkte, so daß sie auch insoweit unwirksam wären.

Die Frage einer solchen Haftung muß daneben aber auch produktbezogen behandelt werden. So sind an einen Lieferanten, der Aggregate wie z.B. Getriebe oder Einspritzpumpen selbst herstellt und an einen Fahrzeughersteller veräußert, andere Maßstäbe anzulegen als an einen Lieferanten, der an denselben Abnehmer z.B. ein bestimmtes Profil veräußert. Der erste Lieferant kann und muß die internationale Schutzrechtslage seiner Erzeugnisse überblicken, da die sachlichen Schutzbereiche fremder Schutzrechte von seinen Erzeugnissen selbst sowie von den Verfahren ihrer Herstellung berührt werden[149]. Hinzu kommt, daß solche im Beispiel genannten Produkte schon vom Lieferanten von vorneherein für den internationalen Einsatz vorgesehen sind. Der zweite vorstehend genannte Lieferant ist dagegen bei einem so allgemein und vielseitig einsetzbaren Produkt

148) Seite 55
149) Benkard PatG § 6 Rdn. 65 ff.

wie dem beispielhaft genannten Profil in der Regel zu einer solchen Beurteilung der internationalen Schutzrechtslage nicht fähig, da er die sachlichen Schutzbereiche aller in Frage kommenden Schutzrechte nicht überblicken kann. Ohne Sondervereinbarung mit dem Besteller muß er sich darauf zurückziehen können, daß nicht er, sondern der Besteller bzw. dessen Abnehmer Herr über die Verbringung der Ware ins Ausland ist.

Die vorstehenden Klauseln treffen nun auch keine derartige produktbezogene Differenzierung. Vielmehr werden sie, wie eingangs bereits festgestellt[150)], von den EKB-Verwendern unterschiedslos für sämtliche Beschaffungsvorgänge verwendet. Damit sind sie aber als zu allgemein gehalten unangemessen und auch insoweit gemäß § 9 AGB-Gesetz unwirksam.

Unwirksam ist auch die nachstehende Klausel:

> "Bei Benutzung von Schutzrechten Dritter aufgrund vom Lieferanten abgeschlossener Lizenzverträge mit territorial begrenztem Geltungsbereich hat der Lieferant dafür zu sorgen, daß die Benutzung in allen Ländern erlaubt ist, in denen entsprechende Schutzrechte bestehen".

Hier soll der Lieferant nämlich verpflichtet werden, seinerseits (auf seine Kosten) bereits bestehende Lizenzverträge mit seinen Lizenzgebern abzuändern. Das ist grob unbillig.

---

150) siehe oben Seite 3

IV. Kapitel

Weitere Einzelklauseln

1. Eigentumsvorbehalt

Der Eigentumsvorbehalt wird in EKB mehrfach behandelt. Einmal handelt es sich um den Eigentumsvorbehalt des Lieferanten, zum anderen den des Bestellers für von ihm beigestellte Materialien.

a) Eigentumsvorbehalt des Lieferanten

Mehrere EKB-Verwender schließen ausdrücklich den Eigentumsvorbehalt ihres Lieferanten aus:

> "Der Lieferer verzichtet mit Versendung der Ware uns gegenüber auf jeglichen Eigentumsvorbehalt".
>
> "Wir erkennen Eigentumsvorbehalte gegen uns nicht an".
>
> "Da die an uns gelieferten Gegenstände in der Regel durch Verbindung oder durch Verarbeitung in unser Eigentum übergehen und ein etwaiger Eigentumsvorbehalt dadurch ohnehin gegenstandslos würde, haben von vorneherein alle Lieferungen/Leistungen frei von derartigen Vorbehalten zu erfolgen. Enthalten die Auftragsbestätigungen oder die Rechnungen dennoch solche Vorbehalte, so sind diese auch ohne unseren ausdrücklichen Widerspruch rechtsunwirksam".

Hierzu gehören auch Bestimmungen, die eine Individualvereinbarung vorschreiben:

> "Ein Eigentumsvorbehalt gilt nur dann als verbindlich, wenn er außerhalb der Geschäftsbedingungen des Zulieferers besonders vereinbart wurde".

Vereinzelt wird aber auch ein Eigentumsvorbehalt in seiner einfachen Form zugelassen:

"Bei Lieferungen unter Eigentumsvorbehalt erkennen wir nur den einfachen Eigentumsvorbehalt an".

"Wir anerkennen lediglich einfachen Eigentumsvorbehalt; andere Eigentumsvorbehaltsformen bedürfen der ausdrücklichen schriftlichen Vereinbarung".

"Eigentumsvorbehalte auf gelieferte Ware erkennen wir nur insoweit an, als die Ware sich noch in unverarbeitetem Zustand bei uns befindet und die Kaufpreisforderung dieser Ware von uns noch nicht beglichen ist. Weitergehende Eigentumsvorbehaltsansprüche, insbesondere auf verlängertes Eigentum wie auch derart, daß das Eigentum an einem bereits bezahlten Gegenstand für eine noch offene andere Forderung vorbehalten wird, sind uns gegenüber unwirksam".

Manchmal wird sogar ein verlängerter Eigentumsvorbehalt des Lieferanten zugelassen:

"Regelungen in Lieferbedingungen des Lieferers über den Eigentumsvorbehalt und Konzernverrechnung gelten nicht als Abweichung von unserer Bestellung und werden von uns anerkannt. ... Für Vorausabtretungen im Rahmen eines Eigentumsvorbehaltes von Vorlieferanten des Lieferers wird hiermit die Zustimmung mit der Maßgabe erteilt, daß eine Aufrechnung auch mit nach Anzeige der Abtretung erworbenen Gegenforderung zulässig ist".

"... Für Abtretungen, die aufgrund eines verlängerten Eigentumsvorbehalts erfolgen, gilt die Genehmigung als von vorneherein erteilt, allerdings mit der Maßgabe, daß wir uns gegen die Abtretungsempfänger alle Rechte vorbehalten, die uns ohne Abtretung gegen den Auftragnehmer zustehen würden".

"Mit Ausnahme etwaiger Eigentumsvorbehaltsregelungen gelten von diesen Einkaufsbedingungen abweichende Verkaufsbedingungen unserer Lieferanten auch dann nicht, ...".

"... Dies gilt nicht für Erklärungen des Verkäufers über den Eigentumsvorbehalt an von ihm gelieferter Ware in den Ausgestaltungen, die von Gesetz und Rechtsprechung anerkannt sind, wobei aber ein Konzernvorbehalt sowie eine Verpflichtung des Käufers zur Weiterleitung eines Eigentumsvorbehalts ausgeschlossen ist".

Da der verlängerte Eigentumsvorbehalt ohnehin einer Parteivereinbarung bedarf, bleibt es dem Besteller unbenommen, von vorneherein eine solche Zustimmung zu verweigern[1].

Vereinbaren die Parteien den Ausschluß jedes Eigentumsvorbehalts, wozu sie ohne weiteres berechtigt sind, dann wäre ein dennoch einseitig erklärter einfacher Eigentumsvorbehalt des Lieferanten zwar wirksam[2]. Der Lieferant wäre aber zu vorbehaltloser Erfüllung und damit zur Übereignung nach wie vor verpflichtet[3].

---

1) OLG München WRP 1979, 667 (668 f.); Ulmer/Hensen AGBG Anh. §§ 9-11 Rdn. 296; a.A. Vennemann WRP 1979, 606 ff.
2) BGH NJW 1953, 217; Serick Band I S. 89
3) Serick Band I S. 90; BGH BB 1979, 14

Sofern hinsichtlich des Eigentumsvorbehalts des Lieferanten in EKB keine Regelung getroffen ist, kann darin infolge Handelsübung ein stillschweigendes Einverständnis des Bestellers mit einem einfachen Eigentumsvorbehalt des Lieferanten gesehen werden[4]. Der Lieferant darf dann bei der Lieferung sich das Eigentum vorbehalten. Wirkungslos bliebe dagegen ein in den ALB des Lieferanten niedergelegter verlängerter Eigentumsvorbehalt, da er infolge der Einbeziehung der EKB des Bestellers in den Vertrag oder aber infolge der nicht rechtzeitig aufgelösten Kollision von ALB und EKB keinen Eingang in den Vertrag gefunden hat. Weder der formularmäßige Ausschluß von Eigentumsvorbehalten schlechthin noch die Beschränkung auf den einfachen Eigentumsvorbehalt des Lieferanten verstoßen gegen § 9 AGB-Gesetz. Denn es besteht zwar ein Bedürfnis der Lieferanten zur Sicherung ihres Eigentums, aber kein unabdingbares Recht dazu[5].

b) Eigentumsvorbehalt des Bestellers

Wie einseitig allerdings EKB-Verwender die Sicherungsbedürfnisse ihrer Lieferanten im Vergleich zu ihren eigenen behandeln, zeigt sich deutlich an den Sicherungen für ihre dem Lieferanten beigestellten Materialien. An diesen behalten sie sich nämlich regelmäßig

---

4) LG Hagen BB 1976, 723; Schulte BB 1977, 269 (274); Graf v. Westphalen DB 1977, 1637; im Ergebnis auch Flume "Rechtsgeschäft" § 37.3; Medicus Rdn. 75; etwas einschränkend: Serick Band I S. 85 ff.; Graf Lambsdorff Rdn. 85 ff.; Thamm "Eigentumsvorbehalt" S. 21 f.

5) im Ergebnis ebenso: BGH BB 1981, 731, der allerdings ausdrücklich nur zum Ausschluß des Eigentumsvorbehalts in Verträgen eines Supermarkts Stellung nimmt; a.A. Vennemann WRP 1979, 606 ff. gegen das Berufungsurteil OLG München WRP 1979, 667 (668 f.)

"Die von uns beigestellten Sachen werden in unserem Auftrag be- und verarbeitet und bleiben in jeder Be- und Verarbeitungsstufe unser Eigentum. Bei der Verarbeitung mit anderen uns nicht gehörenden Sachen steht uns das Miteigentum an der neu hergestellten Sache in dem Verhältnis zu, in dem der Wert unserer Beistellung steht zu der Summe aller bei der Herstellung verwendeten Sachen einschließlich der Aufwendungen des Lieferers für deren Verarbeitung. Insoweit verwahrt der Lieferer unentgeltlich die Sachen auch für uns. Das gleiche gilt, wenn durch Vermischung oder Vermengung unser Eigentum untergehen sollte. Von einer rechtlichen oder tatsächlichen Beeinträchtigung beigestellter Sachen sind wir unverzüglich zu unterrichten. Der Lieferer haftet für den Verlust oder die Beschädigung beigestellter Sachen. Bei zufälligem Untergang oder zufälliger Beschädigung beigestellter Sachen hat er keinen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen für die Be- oder Verarbeitung".

Eine solche Regelung ist im Prinzip zulässig[8]. Allerdings scheinen die zusätzlich noch pauschal "Aufwendungen des Lieferers für deren Verarbeitung" bezeichneten Wertmaßstäbe zu unbestimmt[9] für die Festlegung des Miteigen-

---

8) BGH NJW 1964, 149 f.

9) BGHZ 46, 117 (123) sah "Lohnaufwand und Betriebskosten des Verarbeiters" als zu unbestimmte Bemessungsgrundlage für den Verarbeitungswert und damit für den Miteigentumsanteil an; weitergehend dagegen noch: OLG Neustadt NJW 1964, 1802

tumsanteils zu sein. Gemeint sind allerdings auch damit nur Sachen. Die Regelung ist daher wirksam.

Die meisten Eigentumsvorbehaltsklauseln enthalten, wie auch insoweit die vorstehende Klausel in ihrem ersten Satz, Verarbeitungsklauseln, wonach der EKB-Verwender Alleineigentümer der be- oder verarbeiteten Sache bleibt:

> "Beigestelltes Material bleibt Eigentum des Bestellers. Der Besteller behält sich das Eigentum an beigestelltem Material in der Weise vor, daß der Lieferer die an den Besteller zu liefernden Gegenstände in dessen Auftrag und für diesen anfertigt. Hersteller im Sinne des Gesetzes ist der Besteller. Besteller und Lieferer sind sich darüber einig, daß das Eigentum an diesen Gegenständen im jeweiligen Fertigungszustand dem Besteller zusteht. Der Lieferer verwahrt die Gegenstände unentgeltlich für den Besteller".

> "Von uns beigestellte Stoffe oder Teile bleiben unser alleiniges Eigentum, soweit nicht zwingende gesetzliche Regelungen (§§ 946 bis 948 BGB) entgegenstehen. Soweit eine Verarbeitung oder Umbildung erfolgt, gelten wir im Sinne von § 950 BGB als alleinige Hersteller".

"Materialbeistellungen bleiben Eigentum des Bestellers und sind unentgeltlich getrennt zu lagern, zu bezeichnen und zu verwalten. Ihre Verwendung ist nur für Aufträge des Bestellers zulässig. Bei Wertminderung oder Verlust ist vom Auftragnehmer Ersatz zu leisten. Dies gilt auch für die berechnete Überlassung auftragsgebundenen Materials. Verarbeitung oder Umbildung des Materials erfolgt für den Besteller".

"Von uns beigestelltes Material bleibt - ob in derselben oder veränderter Form - bis zur Rücklieferung oder Bezahlung gleichfalls unser Eigentum. Die Gegenstände sind, solange sie sich im Besitz des Lieferanten befinden, als unser Eigentum zu kennzeichnen, sorgfältig aufzubewahren und vom Lieferanten ohne Kosten für uns gegen Feuergefahr und Diebstahl zu versichern; sie dürfen weder weiterverwertet noch vervielfältigt, noch dritten Personen zugänglich gemacht werden. Andernfalls haftet uns der Lieferant für den Schaden".

"Von dem Auftraggeber gestelltes Material bleibt sein Eigentum auch nach dessen Be- oder Verarbeitung, die der Auftragnehmer für den Auftraggeber vornimmt".

"Beigestellte Materialien bleiben Eigentum des Käufers (Bestellers). Der Verkäufer (Unternehmer) arbeitet für den Käufer (Besteller) und verzichtet auf Eigentumserwerb gemäß § 950 BGB. Die beigestellten Materialien sind übersichtlich und getrennt als Eigentum des Käufers (Bestellers) zu lagern, ausreichend gegen Feuer, Diebstahl und Katastrophen zu Lasten des Verkäufers (Unternehmers) zu versichern und dürfen nur bestimmungsgemäß verwendet werden".

"Beigestelltes Material bleibt unser Eigentum. Wir behalten uns das Eigentum an beigestelltem Material in der Weise vor, daß der Lieferer die an uns zu liefernden Gegenstände in unserem Auftrag und für uns anfertigt. Hersteller im Sinne des Gesetzes sind wir. Das Eigentum an diesen Gegenständen steht im jeweiligen Fertigungszustand uns zu. Der Lieferer verwahrt die Gegenstände unentgeltlich für uns. Bei der Verarbeitung unseres Materials anfallende Abfälle und Späne bleiben ebenfalls unser Eigentum und sind mit den hergestellten Teilen an uns zurückzugeben".

Mit solchen weitreichenden Verarbeitungsklauseln erreichen die Besteller stets eine Übersicherung. Das beruht darauf, daß der Besteller Alleineigentümer eines unter Umständen unter Verwendung von Stoffen des Lieferanten hergestellten Erzeugnisses wird und ihm darüber hinaus die Werterhöhung durch die Verarbeitungsleistung des Lieferanten zugute kommt. Auch die Be- oder

Verarbeitungsabfälle verbleiben im Eigentum des Bestellers. Einen Ausgleich dieser Übersicherung durch entsprechende Freigabeklauseln enthält keine der vorstehenden Bestimmungen. Der Besteller wird bereits Nutznießer der vertraglichen Leistung des Lieferanten vor Fälligkeit von dessen Anspruch auf die Gegenleistung. Der Eigentumsvorbehalt eines Lieferanten dagegen, auch in seinen Erweiterungsformen, entfaltet seine Wirkungen gegenüber einem Käufer erst, nachdem der Lieferant seine vertraglichen Verpflichtungen erfüllt hat. Es fragt sich daher, ob derartig weitgehende Verarbeitungsklauseln den Lieferanten nicht unangemessen stark beeinträchtigen, zumal er gegenüber dem Besteller ohnehin zur Übereignung des fertiggestellten Werks verpflichtet wäre. Eine solche Beeinträchtigung des Lieferanten könnte jedoch nur in einer Geltendmachung des Eigentumsrechts des Bestellers gegenüber dem Lieferanten vor Erbringung der Gegenleistung liegen. Dagegen ist der Lieferant jedoch als Werkunternehmer ausreichend durch sein Unternehmerpfandrecht gemäß § 647 BGB geschützt. Daher sind diese Verarbeitungsklauseln auch ohne ergänzende Freigaberegelungen für die Fälle der Übersicherung wirksam.

Zu pauschal ist dagegen die nachfolgende Klausel:

"Beigestellte Materialien bleiben unser Eigentum. Der Lieferant verzichtet auf Eigentumserwerb gemäß den §§ 946 ff. BGB. Die beigestellten Materialien sind übersichtlich und getrennt als unser Eigentum gegen Feuer, Wasser, Diebstahl und Katastrophen zu Lasten des Lieferanten zu versichern und dürfen nur bestimmungsgemäß versendet werden".

(Wahrscheinlich ist ein Druckfehler im letzten Satz. Statt "versendet" müßte es wohl "verwendet" heißen)

Die Formulierung "verzichtet auf Eigentumserwerb gemäß den §§ 946 ff. BGB" scheitert bereits an § 5 AGB-Gesetz. So wünschenswert es wäre, kürzere Eigentumsvorbehaltsklauseln einzuführen, so erforderlich ist es gleichzeitig, klare Regelungen zu schaffen. Die §§ 946 und 947 BGB sind unabdingbar[10]; die Formulierung "verzichtet" steht schon damit in Widerspruch.

Noch einen Schritt über die vorstehenden Klauseln hinaus geht die nachfolgende Regelung in ihrem Satz drei:

"Materialien und Waren, die dem Lieferanten zur Ausführung unserer Bestellung beigestellt werden, bleiben unser Eigentum. Be- und Verarbeitung erfolgen für uns als Hersteller im Sinne von § 950 BGB. Werden unsere Waren oder Materialien mit anderen Gegenständen vermischt oder verbunden oder erlischt unser Eigentum, so gilt bereits bei Bestellung als vereinbart, daß die Eigentums- bzw. Miteigentumsrechte des Lieferers an dem vermischten Bestand oder der ein-

---

10) Palandt-Bassenge BGB § 946 Anm. 3, § 947 Anm. 3

heitlichen Sache auf uns übergehen, und zwar im Verhältnis des Wertes der Beistellung zum Wert des Gesamterzeugnisses. Von einer bevorstehenden Pfändung oder anderen Beeinträchtigungen des Eigentums durch Dritte muß uns der Lieferant unverzüglich benachrichtigen sowie die in unserem Eigentum stehenden Gegenstände als unser Eigentum kennzeichnen und diese ggf. getrennt lagern. Bei Beistellungen geht die Gefahr des Untergangs, des Abhandenkommens oder der Beschädigung mit der Übernahme des Gegenstandes auf den Lieferanten über".

Hier werden Fälle geregelt, in denen der Besteller sein Eigentum verliert und der Lieferant Eigentum erwirbt und daher insoweit dem Besteller wertanteilig Miteigentum übertragen wird. Diese Regelung führt nicht zu einer höheren Übersicherung im Vergleich zu den Verarbeitungsklauseln, sondern sie schließt lediglich eine Lücke des Eigentumsverlustes beim Besteller. Da für die Bestimmung des Miteigentumsanteils des Bestellers angemessene und bestimmbare Wertmaßstäbe festgelegt sind[11], ist diese Klausel nicht zu beanstanden.

2. Hilfsmittel

Neben solchen allgemeinen Eigentumsvorbehaltsklauseln legen EKB mehrfach ins einzelne gehend das Schicksal überlassener Hilfsmittel fest:

---

11) siehe oben Seite 183 f.

"Zur Auftragsausführung überlassene Werkzeuge, Vorrichtungen, Formen, Muster, Zeichnungen u.dgl. dürfen ebenso wie danach hergestellte Waren weder an Dritte weitergegeben noch für diese oder eigene Zwecke des Lieferanten benutzt werden. Sie sind gegen unbefugte Einsichtnahme oder Verwendung zu sichern. Zuwiderhandlungen verpflichten zum vollen Schadensersatz und berechtigen uns, ohne Entschädigung vom Vertrag zurückzutreten. Dem Lieferer zur Verfügung gestellte Werkzeuge, Vorrichtungen, Formen, Muster, Zeichnungen u.dgl. bleiben Eigentum des Bestellers und sind wie die Werkzeuge, Vorrichtungen, Formen, Muster, Zeichnungen u.dgl., die vom Lieferer hergestellt und von uns vergütet worden sind, nach der Auftragsabwicklung uns unverzüglich zu übergeben. Werden die dem Lieferer zur Verfügung gestellten Werkzeuge, Vorrichtungen, Formen, Muster, Zeichnungen u.dgl. ganz oder teilweise in seinem Betrieb oder während der Rücksendung beschädigt, oder kommen sie abhanden, so ist der Lieferer zum Ersatz des Schadens verpflichtet. Das gleiche gilt für Werkzeuge, Vorrichtungen, Formen, Muster, Zeichnungen u.dgl., die vom Lieferer hergestellt und von uns vergütet worden sind".

"Formen, Werkzeuge u.dgl. sowie die damit hergestellten Waren dürfen ohne unsere vorherige schriftliche Zustimmung weder an Dritte weitergegeben noch für diese oder eigene Zwecke des Lieferers benutzt werden. Sie sind gegen unbefugte Einsichtnahme oder Verwendung zu sichern. Verstöße gegen diese Pflicht berechtigen uns, Schadensersatz zu verlangen und ohne weiteres und ohne Entschädigung des Lieferers ganz oder teilweise vom Vertrag zurückzutreten".

Soweit der Besteller darin das Schicksal eigener Hilfsmittel regelt, sind diese Klauseln bedenkenfrei. Das gilt auch für die Verpflichtung, unter Verwendung dieser Hilfsmittel hergestellte Waren nicht an Dritte zu liefern[12].

In der Praxis umstritten ist das Schicksal von Hilfsmitteln, insbesondere von Werkzeugen, die zwar der Lieferant angefertigt hat, deren Kosten aber zum Teil oder vollständig vom Besteller getragen worden sind. Während in ALB regelmäßig statuiert wird, daß solche Hilfsmittel stets im Eigentum des Lieferanten/Herstellers verbleiben, enthalten EKB genau entgegengesetzte Bestimmungen:

> "Werkzeuge, die zur Ausführung eines Auftrages dem Lieferer von ... übergeben oder vom Lieferer auf Kosten von ... hergestellt werden, sind Eigentum von ... und werden dem Lieferer leihweise überlassen".
>
> "Von uns gestellte oder bezahlte Fertigungsmittel bleiben bzw. werden unser Eigentum und sind uns nach Aufforderung auszuhändigen".
>
> "Soweit nichts anderes vereinbart ist, gehen Werkzeuge, Formen u.ä., die ganz oder zum Teil auf Kosten von uns angefertigt sind, mit der Herstellung in unser Eigentum über".
>
> "Sofern die Bestellung einer Übernahme von Werkzeug oder Modellkosten oder anteilige Werkzeugkosten in sich schließt, ohne Rücksicht darauf, ob solche besonders genannt oder im Kaufpreis der Waren inbegriffen sind, gilt als vereinbart, daß die Werkzeuge bzw. Modelle Eigentum des Käufers (Bestellers) sind. Insbesondere gilt zwischen dem Verkäufer (Unternehmer) und Käufer (Besteller)

---

12) Müller/Scholz/Schreven S. 31, die auch die hier nicht erörterte kartellrechtliche Problematik zutreffend beschreiben

als festgelegt, daß der Verkäufer (Unternehmer) die Werkzeuge bzw. die Modelle für den Käufer (Besteller) in kostenlose sachgemäße Verwahrung und Pflege einschließlich ausreichender Versicherung gegen Feuer, Wasser und Diebstahl nimmt und hierdurch die Übergabe ersetzt wird. Sollte der Käufer (Besteller) nach seinem Ermessen veranlasst sein, den Verkäufer (Unternehmer) zur Herausgabe der Werkzeuge bzw. Modelle aufzufordern, so erkennt dieser das Verlangen ohne Widerspruch an".

"... Beauftragt der Lieferant zur Ausführung unserer Bestellungen einen Unterlieferanten mit der Herstellung von Werkzeugen und Mustern, tritt uns der Lieferant seine Forderungen gegen den Unterlieferanten auf Übereignung der Werkzeuge und Muster ab".

Für beide Auffassungen lassen sich gute Gründe anführen. Der Besteller kann auf seine Kostenübernahme verweisen sowie auf sein geschäftliches Interesse, unbedingt sicherzustellen, daß mit diesen Hilfsmitteln keine Waren für Dritte hergestellt werden. Außerdem muß er Vorsorge tragen für etwaige Betriebsstörungen beim Lieferanten oder gar dessen Konkurs, um dann durch sein Herausgaberecht seine anderweitige Belieferung unter Einsatz dieser von ihm bezahlten Werkzeuge sicherzustellen.

Die Lieferanten/Hersteller können demgegenüber darauf verweisen, daß eine Kostenbeteiligung oder vollständige Kostenübernahme bei Hilfsmitteln noch nicht selbstverständlich deren Herausgabe bedeuten könne. Vom Hersteller geschuldet ist nicht das Hilfsmittel, sondern die unter dessen Zuhilfenahme gefertigte Ware. In einer ordnungsgemäßen kaufmännischen Kalkulation ist es selbstverständlich, in den Preis der Ware nicht nur deren Material-, sondern auch deren Bearbeitungskosten einzusetzen. Zu

letzteren gehören u.a. auch die Kosten eines für die Herstellung der Ware angefertigten Hilfsmittels, z.B. eines Werkzeugs. Ins Extreme geführt, müßte sich sonst ein in bestimmten Artikeln ganz auf einen großen Besteller ausgerichteter Zulieferer mit denselben Argumenten auch Eingriffe in sein Direktionsrecht seiner bei der Zulieferfertigung beschäftigten Mitarbeiter gefallen lassen. Mit denselben Gründen könnte der Besteller auch Anspruch auf weitere Fertigungseinrichtungen des Lieferanten erheben. Schließlich ist zu berücksichtigen, daß sich gerade in der Anfertigung von Werkzeugen ein Hersteller von seinen Mitbewerbern abheben kann; die Qualität dieser Werkzeuge und das darin eingebrachte oft erhebliche Fertigungs-know how ist häufig das eigentliche Merkmal der Wettbewerbsfähigkeit eines Lieferanten. Kann es dann einem Hersteller zugemutet werden, durch seine Herausgabeverpflichtung Gefahr zu laufen, daß diese seine besonderen Werkzeugkenntnisse über den Besteller anderen Mitbewerbern zugänglich werden? Das muß er in die Werkzeugkosten einrechnen.

Demgegenüber müssen die Interessen des EKB-Verwenders zurücktreten. Nach allem sind die vorstehenden Eigentumsklauseln für Hilfsmittel unangemessen und daher gemäß § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz unwirksam.

3. Datenschutz

Vereinzelt finden sich schon in EKB Datenschutzklauseln:

> "Benachrichtigung natürlicher Personen gemäß § 26 Abs. 1 BDSG. Wir geben Ihnen hiermit zur Kenntnis, daß wir im Zusammenhang mit dem umseitigen Vorgang Daten zu Ihrer Person speichern".
>
> "Der Lieferant ist darüber unterrichtet, daß im Zusammenhang mit der Geschäftsverbindung anfallende Daten von den im ... zusammengeschlossenen Unternehmen in Dateien gespeichert und zwischen ihnen übermitteln werden".
>
> "Wir speichern Daten gemäß Datenschutzgesetz".
>
> "Wir weisen darauf hin, daß die bezüglich unserer Geschäftsbeziehung oder im Zusammenhang mit dieser erhaltenen, personenbezogenen Daten, gleich ob sie vom Besteller/Lieferer selbst oder von Dritten stammen, im Sinne des Datenschutzgesetzes verarbeitet werden".

Gemäß § 26 BDSG ist der Betroffene darüber zu benachrichtigen, wenn erstmals zu seiner Person Daten gespeichert werden, es sei denn, er habe auf andere Weise Kenntnis von der Speicherung erlangt. Sind im Hinblick auf diese Vorschrift derartige Klauseln überhaupt notwendig? Der zweite

Satzteil in § 26 Abs. 1 "auf andere Weise Kenntnis von der Speicherung erlangt" soll überflüssige Benachrichtigungen vermeiden[13]. Bekannt sein kann dem Betroffenen die Speicherung, wenn sie z.B. handelsüblich ist, so, wenn er einem Vertragspartner zur Abwicklung eines Vertrags oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses personenbezogene Daten zuleitet[14].

In den hier interessierenden Fällen ist oft schon aus den maschinell hergestellten Bestellformularen zu ersehen, daß sich der Besteller einer Datenverarbeitung bedient. Aber auch ohne solche äußeren Kennzeichen ist es ohne weiteres handelsüblich, daß ein Kaufmann Lieferanten- und Kundenkarteien führt, die auch personenbezogene Daten enthalten, wie z.B. die Zahlungsfähig- und -willigkeit, Kreditwürdigkeit und weitere Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse[15].

In solchen Fällen ist daher ohne weiteres von einer Speicherung personenbezogener Daten des Lieferanten durch den Besteller auszugehen. Dies genügt zur anderweitigen Kenntniserlangung im Sinne von § 26 Abs. 1 BDSG[16].

Allerdings wird teilweise nicht nur diese Vermutung, sondern die tatsächliche Kenntnis des Betroffenen von der Tatsache der Speicherung verlangt[17]. Für diese Auslegung spricht auch

---

13) Ordemann-Schomerus § 26 Anm. 2
14) Ordemann-Schomerus a.a.O.
15) Ordemann-Schomerus § 2 Anm. 1.2; Auernhammer § 2 Rdn. 5; Simitis/Dammann § 2 Rdn. 1
16) Ordemann-Schomerus § 26 Anm. 2; Auernhammer § 26 Rdn. 5; v. Uckermann DuD 1977, 73 (74)
17) so: Simitis/Mallmann § 26 Rdn. 18; Schaffland/Wiltfang § 26 Rdn. 22

der Gesetzeswortlaut "Kenntnis erlangt hat". Dennoch ist für den kaufmännischen Geschäftsverkehr diese enge am Wortlaut orientierte Interpretation nicht angebracht. Vielmehr muß die seit langem schon bestehende Handelsüblichkeit der Speicherung von personenbezogenen Daten von kaufmännischen Geschäftspartnern im Rahmen eines Vertragsverhältnisses positiver Kenntnis gleichgestellt werden.

Im Ergebnis behalten die dennoch aufgestellten EKB-Datenschutzklauseln durch die hier bestehen bleibenden Auslegungsunterschiede bei § 26 Abs. 1 BDSG ihre Existenzberechtigung.

Die Form der Benachrichtigung liegt, da sich das Gesetz hierzu nicht äußert, im Ermessen der speichernden Stellen[18]. Allerdings genügt nicht allein eine allgemeine Veröffentlichung der Tatsache der Speicherung[19]. Die EKB richten sich zwar abstrakt an eine Vielzahl von Adressaten für eine Vielzahl von Geschäften. Mit ihrer Übersendung im Einzelfall an den einzelnen Lieferanten werden sie jedoch zur konkretisierten "Benachrichtigung" des Betroffenen. Ein verschlossener Brief an den Unternehmer selbst bzw. die gesetzlichen Vertreter des Unternehmens ist nicht erforderlich[20], da nachteilige Auswirkungen für den betroffenen Lieferanten nicht zu befürchten sind[21].

---

18) Ordemann-Schomerus § 26 Anm. 1.2
19) Ordemann-Schomerus § 26 Anm. 1.2; Schaffland/Wiltfang § 26 Rdn. 13; Simitis/Mallmann § 22 Rdn. 8
20) so aber anscheinend Simitis/Mallmann § 26 Rdn. 9 u. 10
21) Schwappach § 26 Anm. 1

Soweit allerdings mit diesen EKB-Klauseln zugleich eine Benachrichtigung anderer Betroffener als des Unternehmers erreicht werden soll, erfüllen sie ihre Aufgabe nicht. Dann wäre eine Einzelbenachrichtigung des Betroffenen erforderlich, da er sich durch die Adressierung an den Unternehmer bzw. das Unternehmen des Lieferanten nicht angesprochen zu fühlen braucht. Für solche Betroffene wären nämlich die an den Unternehmer gerichteten EKB eine blosse (nicht als Benachrichtigung ausreichende) betriebsinterne "Veröffentlichung".

Unklar sind die folgenden Bestimmungen:

> "Der Vertragspartner erklärt sich mit der Verarbeitung seiner Daten über Geschäftsvorfälle bei ... und den mit uns verbundenen Unternehmen (ausweislich unseres Geschäftsberichtes) einverstanden".
>
> "Wir sind berechtigt, die bezüglich der Geschäftsbeziehung oder in Zusammenhang mit dieser erhaltenen Daten über den Lieferanten, gleich ob diese von ihm selbst oder von Dritten stammen, im Sinne des Bundesdatenschutzgesetzes zu verarbeiten".

Denn schon ohne Einverständnis des Betroffenen ergibt sich die Zulässigkeit der Speicherung von Daten aus § 23 BDSG. Anscheinend will der EKB-Verwender aber nicht sich des Einverständnisses des Betroffenen für eine über die Grenzen des § 23 BDSG hinausgehende Speicherung versichern. Vielmehr ist auch diese Klausel als blosse Benachrichtigung im Sinne von § 26 Abs. 1 BDSG einzustufen.

Interessant ist der Ausschluß von Schadensersatzansprüchen in folgender Bestimmung:

> "Wir sind berechtigt, die bezüglich der Geschäftsbeziehung oder im Zusammenhang mit dieser erhaltenen Daten über den Lieferanten, gleich ob diese vom Lieferanten selbst oder von Dritten stammen, für eigene Zwecke entsprechend dem Bundesdatenschutzgesetz zu verarbeiten. Schadensersatzansprüche aufgrund des Umgangs mit solchen Daten sind, soweit gesetzlich zulässig, ausgeschlossen".

Auch hier ist für den Lieferanten nicht sofort zu erkennen, welcher Anspruch gegen den EKB-Verwender besteht und welcher ausgeschlossen wurde. Mit Schlosser[22] ließe sich dieser salvatorische Teil "soweit gesetzlich zulässig" der Freizeichnungsklausel nur dann "nicht mehr als Verstoß gegen das Prinzip der notwendigen inhaltlichen Klarheit von AGB-Bestimmungen qualifizieren, wenn er den Hauptsinn der Regelung nicht verbirgt und nur Randfragen des zulässigen Ausmaßes einer Freizeichnung betrifft"[23]. So dient dieser Klarheit insbesondere ein ausdrücklicher Hinweis in einer solchen Klausel, daß die Haftung für grobe Fahrlässigkeit nicht eingeschränkt werden soll[24].

Derartigen Ansprüchen kann die vorstehende Bestimmung aber nicht genügen. Diese Unklarheit geht zu Lasten des EKB-Verwenders, § 5 AGB-Gesetz.

---

22) WM 1978, 562 (569); ähnlich auch Löwe AGBG § 5 Rdn. 8; LG München I BB 1979, 702

23) a.A. Thümmel/Oldenburg BB 1979, 1067 (1070), die die AGB-Klausel "soweit gesetzlich zulässig" in keinem Fall für unklar im Sinne des § 5 AGBG ansehen

24) Schlosser a.a.O.

4. Gerichtsstand

Die Besteller verlegen durchweg den Gerichtsstand an ihren Sitz bzw. die Empfangsstelle. Im Rahmen von § 38 ff. ZPO bestehen hiergegen keine Bedenken, soweit es sich, wie bei EKB regelmäßig, um kaufmännischen Geschäftsverkehr handelt[25].

5. Erfüllungsort

In gleicher Weise wird der Erfüllungsort in EKB ganz überwiegend entgegen den §§ 269, 270 BGB an die jeweilige Empfangsstelle verlegt. Damit wird auch die Versendungsgefahr entgegen § 447 BGB allgemein auf den Lieferanten verlagert. Soweit im Einzelfall die Dauer der Gefahrtragung durch den Lieferanten nicht über den Zeitpunkt der tatsächlichen Besitzerlangung des Bestellers hinaus verlängert wird oder neben die Erlangung der tatsächlichen Herrschaft über die gelieferten Waren noch weitere Erfordernisse für den Gefahrübergang auf den Besteller aufgestellt werden, ist eine solche EKB-Bestimmung ohne weiteres wirksam[26].

Die Frage der Gefahrtragung und ihrer dispositiven Regelung in EKB braucht heute aber nicht überschätzt zu werden, da der Gütertransport im kaufmännischen Geschäftsverkehr ohnehin zu einem sehr hohen Prozentsatz versichert wird[27]. Damit verschiebt sich die Frage dahin, wer zum Abschluß bzw. der Tragung der Kosten einer Transportversicherung verpflichtet sei. Dies ist uneinheitlich geregelt. So finden sich Bestimmungen, wonach der Lieferant grundsätzlich die

---

25) Schlosser/Graba AGBG § 9 Rdn. 87; Ulmer/Hensen AGBG Anh. §§ 9-11 Rdn. 401; für grundsätzliche Zulässigkeit: Löwe/v. Westphalen AGBG § 9 Rdn. 95; Palandt-Heinrichs AGBG § 9 Anm. 7; OLG Köln VersR 1976, 537; LG Bielefeld MDR 1977, 672; a.A.: Stein AGBG § 9 Rdn. 22

26) Heinze NJW 1973, 2182; Esser-Weyers SchuldR Bd. II § 8 III 3 S. 103 ff.; Soergel-Ballerstedt § 447 Anm. 1; im Ergebnis auch Ulmer/Hensen AGBG Anh. §§ 9-11 Rdn. 401

27) so mit Recht: Esser-Weyers a.a.O. S. 105

Transportversicherung zu tragen hat, andere Bestimmungen, wonach der Besteller die Transportversicherung trägt sowie weiterhin Bestimmungen, wonach eine Transportversicherung nur auf ausdrückliche Anweisung des Bestellers zu erfolgen habe.

Gegen keine dieser Bestimmungen bestehen Bedenken.

6. Geheimhaltung

Mehrere EKB-Verwender erlegen ihren Lieferanten Geheimhaltungsgebote auf:

"Der Lieferant ist verpflichtet, die Bestellung und die sich daraus ergebenden Arbeiten sowie sämtliche damit zusammenhängenden technischen und kaufmännischen Unterlagen und Einrichtungen als Geschäftsgeheimnis zu betrachten und streng vertraulich zu behandeln. Er hat seine Unterlieferanten entsprechend zu verpflichten".

"Der Lieferer ist verpflichtet, unsere Bestellungen und die damit in Zusammenhang stehenden Einzelheiten als Geschäftsgeheimnis zu betrachten".

"Der Lieferant ist verpflichtet, unsere Bestellungen und alle hiermit zusammenhängenden kaufmännischen und technischen Einzelheiten als Geschäftsgeheimnis zu behandeln. Soweit im Rahmen der Ausführung der Bestellung Zeichnungen u.dgl. Dritten ausgehändigt oder Geschäftsgeheimnisse Dritten mitgeteilt werden müssen, ist der Lieferant dafür verantwortlich, daß auch der Dritte die vorstehenden Bestimmungen einhält".

"Sie sind - auch nach Beendigung der Geschäftsbeziehung - verpflichtet, unsere Anfragen und Bestellungen und alle damit zusammenhängenden Unterlagen, Arbeiten, Tatsachen und Umstände streng vertraulich zu behandeln und werden Ihre Zulieferanten entsprechend verpflichten. Dies gilt insbesondere hinsichtlich neuer Entwicklungen und Änderungen unserer Fahrzeugmodelle".

In der Regel wird sich die Lieferbeziehung selbst in der Branche nicht verheimlichen lassen. Eine darauf gerichtete formularmäßige Geheimhaltungspflicht wäre daher unwirksam[28]. Dagegen besteht ein ganz vorrangiges Interesse des Bestellers an der Geheimhaltung der kaufmännischen und technischen Details von Bestellungen[29]. Auch die Verpflichtung des Lieferanten, für seine Unterlieferanten einzustehen, ist sachgerecht. Durch eigene geeignete Maßnahmen kann der Lieferant sich bei Inanspruchnahme durch den Besteller den Regreß offenhalten.

7. Werbung

Darüber hinaus untersagen viele EKB-Verwender eine Werbung des Lieferanten mit seiner Geschäftsbeziehung zum Besteller:

> "Es ist nur mit unserer ausdrücklichen Genehmigung gestattet, auf die mit uns bestehende Geschäftsverbindung in Werbematerial, das durch Druck oder eine andere Vervielfältigung hergestellt ist, Bezug zu nehmen".
>
> "In seiner Werbung darf der Lieferant auf seine Geschäftsverbindung mit uns nur hinweisen, wenn wir uns hiermit vorher schriftlich einverstanden erklärt haben".
>
> "Die Benutzung unserer Anfragen, Bestellungen und des damit verbundenen Schriftwechsels zu Werbezwecken ist nicht gestattet".
>
> "Sie sind nicht berechtigt, ihre Geschäftsbeziehung zu uns für Zwecke der Werbung oder Öffentlichkeitsarbeit zu verwenden".

---

28) Müller/Scholz/Schreven S.59

29) Müller/Scholz/Schreven S. 59 unter Hinweis darauf, daß die Mitbewerber aus solchen Informationen Schlüsse auf die Modellpolitik und die Marktstrategie ziehen könnten

Müller/Scholz/Schreven[30] halten diese Klauseln für unwirksam, da sie mit wesentlichen Grundgedanken unserer Wettbewerbsrechtsordnung nicht zu vereinbaren seien. So gehöre es nämlich zum Wesen kaufmännischer Betätigung, seine Leistungsfähigkeit, besondere Fertigkeiten, Erfahrungen und Referenzen vermittels Werbung zur Erlangung oder Erhaltung eines Vorsprungs vor den Mitbewerbern herauszustellen. Werbebeschränkungen seien zugleich Wettbewerbsbeschränkungen, welche die Marktverhältnisse zu beeinflussen geeignet seien.

Diese Begründung überzeugt nicht. Dem Zulieferer bleibt auch ohne Bezugnahme auf seine Abnehmer genügend Spielraum zu wirksamer Werbung. Zudem hat der Besteller ein Anrecht darauf, sich zuvor zu vergewissern, in welcher Weise ein Dritter seinen (guten) Namen werblich ausnutzt. Die Werbebeschränkungen sind daher nicht zu beanstanden.

8. Warenursprung

Zur Ausnutzung steuer- oder zollrechtlicher Präferenzen benötigen Abnehmer oft einen Nachweis über den Ursprung der gelieferten Ware. In EKB sind diese Fragen bisher allerdings nur vereinzelt geregelt, so z.B. für das Berlinförderungsgesetz[31]:

> "Werden Teile der bestellten Ware in Berlin (West) hergestellt, so hat der Lieferant uns alle Unterlagen und Nachweise gleichzeitig mit der Rechnungserteilung zu stellen, die zur Erlangung der Vergünstigung des Berlinförderungsgesetzes für uns erforderlich sind. Lieferanten mit Westberliner Anschrift haben die Pflicht, bei Lieferungen von Erzeugnissen, die nicht Berliner Ursprungs sind, folgenden Vermerk auf den Rechnungen anzubringen: "keine Westberliner Fertigung".

---

30) Seite 59 f.

31) BGBl. 1976 I S. 353, zuletzt geändert durch das Gesetz zur Änderung des Investitionszulagengesetzes und anderer Gesetze vom 30.10.1978 (BGBl. I, 1693); ausführlich hierzu: Sönksen/Söffing "Berlinförderungsgesetz"

Zunehmende Bedeutung durch Schaffung von Freihandelszonen zwischen der EG einerseits und den sog. Rest-EFTA-Staaten sowie Spanien und einer Vielzahl überseeischer Länder andererseits[32] erlangen auch hier Ursprungsnachweise, mit denen die Umgehung von zum Teil gegenüber Drittstaaten bestehenden hohen Zollschranken im zunehmend liberalisierten Freihandelsverkehr ausgeschaltet werden sollen. Es kommt daher auch für inländische Besteller, die selbst exportieren oder Zulieferungen an andere inländische Exporteure vornehmen, immer mehr darauf an, bereits ihren Wareneinkauf unter solchen ursprungsrechtlichen Aspekten zu disponieren.

Hierzu dienen folgende EKB-Klauseln:

> "Falls zur Herstellung der von Ihnen gelieferten Waren Material aus Drittländern im Sinne des Freihandelsabkommens mit den Rest-EFTA-Staaten vom 1.1.1973 verarbeitet wurde, bitten wir, die entsprechende Aufklärung in der Auftragsbestätigung zu geben sowie den Wert des betreffenden Anteils zu nennen".

> "Soweit zur Erlangung von Zollpräferenzen eine Warenursprungserklärung möglich ist, hat der Auftragnehmer diese Erklärung richtig und vollständig mit dem vorgeschriebenen Wortlaut abzugeben, wobei die genaue Warenbezeichnung unter Verwendung unserer eigenen Warenbezeichnung und - soweit bei uns vorhanden - Sachnummer zu erfolgen hat".

Vereinzelt erfolgt eine solche Klausel auch formularmäßig durch einen Stempel auf der Vorderseite der Bestellung:

---

32) Nachweise bei Scheer, Band 1, S. 2 ff.

"Der Ursprungsnachweis ist durch Lieferantenerklärung gemäß VO (EWG) Nr. 1908/73 bzw. durch Warenverkehrsbescheinigung zu führen. Ist Ihre Ware kein Ursprungserzeugnis im Sinne des Protokolls Nr. 3 der EWG/EFTA-Freihandelsabkommen, muß Ihre Handelsrechnung den Vermerk "kein Ursprungserzeugnis" enthalten".

Allerdings sind diese Bestimmungen nicht mehr als Lieferantenvorschriften, die nicht der Inhaltskontrolle unterliegen[33]. Sie dürfen aber nicht unterschätzt werden. Denn der Ursprungsnachweis erlegt den Lieferanten bzw. Herstellern große organisatorische Verpflichtungen zum lückenlosen Nachweis der Nämlichkeit solcher Waren auf[34].

Vereinzelt enthalten EKB hierüber noch eingehendere Verpflichtungen:

"a) Soweit nichts anderes vereinbart, verpflichtet sich der Verkäufer, nur Waren deutschen Ursprungs zu liefern, die den deutschen Rechtsvorschriften über Ursprungsvoraussetzungen entsprechen. Die notwendigen Papiere sind mit der Rechnung dem Käufer zuzuleiten.

b) Falls weitergehende Bestimmungen zu berücksichtigen sind, wie z.B. EG-Regelungen über den Warenverkehr mit Rest-EFTA-Staaten, hat dies der Käufer dem Verkäufer bei Vertragsabschluß mitzuteilen, der dann die erforderlichen Papiere mit der Rechnung dem Käufer zuleitet.

c) Der Verkäufer haftet dem Käufer für die Richtigkeit der von ihm ausgestellten Lieferantenbescheinigungen. Für den Fall von diesbezüglichen Kontrollen durch die Zollverwaltung beim Käufer oder dessen Abnehmer verpflichtet sich der Verkäufer, die notwen-

---

33) Schlosser/Graba AGBG § 8 Rdn. 18; Löwe AGBG § 8 Rdn. 2 u. 7

34) Gotschlich RIW/AWD 1977, 624 ff.; Glashoff/Hofmann RIW/AWD 1978, 174 ff.; Scheer Band 2, S. 64 ff.

digen Auskünfte zu erteilen und evtl. notwendig werdende amtliche Bestätigungen beizubringen. Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer oder dessen Abnehmer den Schaden zu ersetzen, der durch fehlende und/oder falsche Lieferantenbescheinigungen und/oder Ursprungsbescheinigungen entsteht"[35].

"Für den Fall, daß der Verkäufer Erklärungen über die Ursprungseigenschaft der verkauften Ware abgibt, gilt folgendes:

Der Verkäufer verpflichtet sich, die Überprüfung der Ursprungsnachweise durch die Zollverwaltung zu ermöglichen und sowohl die dazu notwendigen Auskünfte zu erteilen als auch evtl. erforderliche amtliche Bestätigungen beizubringen.

Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer den Schaden zu ersetzen, der diesem dadurch entsteht, daß der erklärte Ursprung infolge fehlerhafter Bescheinigung oder fehlender Nachprüfungsmöglichkeit von der zuständigen Behörde nicht anerkannt wird. Diese Haftung tritt jedoch nur bei schuldhaftem Verhalten des Verkäufers ein"[36].

Die in der ersten Klausel festgelegte Schadensersatzhaftung des Lieferanten ist einschränkend dahin auszulegen, daß sie nur bei schuldhaftem Verhalten eintritt.

---

35) Empfehlung Allgemeiner Geschäfts- und Zahlungsbedingungen (Einkaufsbedingungen) der Exporteure von Eisen- und Metallwaren, BKartA Bekanntmachung 115/78 vom 25.9.1978, BAnz Nr. 187 v. 4.10.1978 S. 3

36) Empfehlung Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch den Bundesverband des Deutschen Groß- und Außenhandels e.V., BKartA Bekanntmachung 77/78 vom 29.6.1978, BAnz Nr. 125 v. 8.7.1978 S. 2

SCHLUSSBETRACHTUNG

Hensens[1] Feststellung "Die Verlockung zur Risikoverlagerung ist nirgendwo größer als bei der Gestaltung von Einkaufsbedingungen" wird durch die vorstehende Untersuchung zu einem Großteil bestätigt. Im Mittelpunkt stehen dabei die Klauseln, mit denen eine Schadensersatzhaftung des Lieferanten über die §§ 463 und 480 Abs. 2 BGB hinaus auf von ihm nicht zu vertretende Schäden erweitert und eine verschuldensunabhängige Haftung des Lieferanten für Mangelfolgeschäden begründet wird. Ob die EKB-Verwender solche erweiterten Rechte im Ernstfall auch tatsächlich durchzusetzen versuchen, ist eine andere, in diesem Zusammenhang aber unerhebliche Frage. Denn der "Verzicht" auf die Geltendmachung solcher Rechte im Einzelfall rechtfertigt nicht ihre Aufnahme und Beibehaltung im Bedingungswerk des Bestellers. Jede EKB-Klausel enthält nämlich zwangsläufig die Vermutung ihrer Anwendung durch den EKB-Verwender; wie sonst ließe sich ihre Existenz erklären?

Die in dieser Untersuchung festgestellte Unwirksamkeit derartiger Klauseln gemäß § 9 AGB-Gesetz sollte nicht über die wohl zwangsläufigen Schwächen täuschen, die die Anwendung einer solchen neuen Generalklausel mit sich bringt. § 9 AGB-Gesetz ersetzt nicht eine über die §§ 10 und 11 AGB-Gesetz hinausreichende Kasuistik, sondern verlagert deren Schöpfung nur vom Gesetzgeber auf den Richter. Da es andererseits unmöglich war und ist, die Fülle der im Rechtsverkehr anzutreffenden und künftig zu erwartenden unangemessenen Klauseln

---

1) Ulmer/Hensen AGBG Anh. §§ 9-11 Rdn. 295

konkret zu erfassen[2], muß die bis zu den jeweiligen Einzelfallentscheidungen bestehende Rechtsunsicherheit unterschiedlicher Bewertung von EKB-Klauseln hingenommen werden. Es wird sich zeigen, inwieweit die AGB-Verbandsklage zu einer raschen gerichtlichen Konkretisierung des § 9 AGB-Gesetz beitragen wird.

Es sind allerdings auch positive Entwicklungen erkennbar. So hat der Verband der Automobilindustrie e.V. (VDA) den Entwurf einer unverbindlichen Empfehlung Allgemeiner Geschäftsbedingungen für den Bezug von Produktionsmaterial und Ersatzteilen - Fassung vom 14. November 1980 - fertiggestellt[3] und ihn im Rahmen des Verfahrens gemäß § 38 Abs. 2 Nr. 3 GWB den betroffenen Wirtschafts- und Berufsvereinigungen zur Stellungnahme vorgelegt.

Diese EKB scheinen - bei aller noch möglichen Einzelkritik[4] - richtungsweisend zu werden. Bereits an ihrer Abfassung waren nämlich nicht nur die Automobilhersteller, sondern auch die im VDA organisierten Zulieferfirmen gleichberechtigt beteiligt. Hierdurch sind in weitaus größerem Maße als in den vorstehend untersuchten Bedingungswerken von vorneherein ausgewogene Regelungen zustandegekommen. Da anzunehmen ist, daß die im VDA organisierten Automobilhersteller ihre EKB an dieser Konditionenempfehlung trotz ihrer Unverbindlichkeit[5] ausrichten werden, wird damit ein bedeutender Markt auf der Basis von kontradiktorisch verhandelten AGB arbeiten.

Es wäre zu wünschen, daß dieses Ereignis eine Signalwirkung für andere Bereiche auslöst.

---

2) Staudinger-Schlosser AGBG § 9 Rdn. 1; Löwe AGBG § 9 Rdn. 1
3) der Text ist im Anhang wiedergegeben
4) in Anbetracht des noch laufenden Anhörungsverfahrens der Verbände und der anschließenden Verhandlungen im Bundeskartellamt erfolgt keine Einzelwürdigung dieser EKB
5) § 38 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. Nr. 1 b GWB

Anhang

Entwurf Fassung 14. November 1980

Allgemeine Geschäftsbedingungen für den Bezug von Produktionsmaterial und Ersatzteilen

- Unverbindliche Empfehlung des Verbandes der Automobilindustrie e.V. (VDA) - vom

I. Maßgebende Bedingungen

Die Rechtsbeziehungen zwischen Lieferant und Besteller richten sich nach diesen Bedingungen und etwaigen sonstigen Vereinbarungen. Änderungen und Ergänzungen bedürfen der Schriftform. Andere Allgemeine Geschäftsbedingungen gelten auch dann nicht, wenn ihnen im Einzelfall nicht ausdrücklich widersprochen wurde.

II. Bestellung

1. Lieferverträge (Bestellung und Annahme) und Lieferabrufe sowie ihre Änderungen und Ergänzungen bedürfen der Schriftform. Lieferabrufe können auch durch Datenfernübertragung erfolgen.

2. Nimmt der Lieferant die Bestellung nicht innerhalb von drei Wochen seit Zugang an, so ist der Besteller zum Widerruf berechtigt. Lieferabrufe werden spätestens verbindlich, wenn der Lieferant nicht binnen zwei Wochen seit Zugang widerspricht.

3. Der Besteller kann im Rahmen der Zumutbarkeit für den Lieferanten Änderungen des Liefergegenstandes in Konstruktion und Ausführung verlangen. Dabei sind die Auswirkungen, insbesondere hinsichtlich der Mehr- und Minderkosten sowie der Liefertermine, angemessen zu berücksichtigen.

III. Zahlung

1. Die Zahlung erfolgt ...
   Bei Annahme verfrühter Lieferungen richtet sich die Fälligkeit nach dem vereinbarten Liefertermin.

2. Die Zahlung erfolgt durch Überweisung oder Scheck.

3. Bei fehlerhafter Lieferung ist der Besteller berechtigt, die Zahlung wertanteilig bis zur ordnungsgemäßen Erfüllung zurückzuhalten.

4. Der Lieferant ist ohne vorherige schriftliche Zustimmung des Bestellers, die nicht unbillig verweigert werden darf, nicht berechtigt, seine Forderungen gegen ihn abzutreten oder durch Dritte einziehen zu lassen.

IV. Mängelanzeige

Mängel der Lieferung hat der Besteller, sobald sie nach den Gegebenheiten eines ordnungsgemäßen Geschäftsablaufs festgestellt werden, dem Lieferanten unverzüglich schriftlich anzuzeigen. Insoweit verzichtet der Lieferant auf den Einwand der verspäteten Mängelrüge.

V. Geheimhaltung

1. Die Vertragspartner verpflichten sich, alle nicht offenkundigen kaufmännischen und technischen Einzelheiten, die ihnen durch die Geschäftsbeziehungen bekannt werden, als Geschäftsgeheimnis zu behandeln.

2. Zeichnungen, Modelle, Schablonen, Muster und ähnliche Gegenstände dürfen unbefugten Dritten nicht überlassen oder sonst zugänglich gemacht werden. Die Vervielfältigung solcher Gegenstände ist nur im Rahmen der betrieblichen Erfordernisse und der urheberrechtlichen Bestimmung zulässig.

3. Unterlieferanten sind entsprechend zu verpflichten.

4. Die Vertragspartner dürfen nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung mit ihrer Geschäftsverbindung werben.

VI. Liefertermine und -fristen

Vereinbarte Termine und Fristen sind verbindlich. Maßgebend für die Einhaltung des Liefertermins oder der Lieferfrist ist der Eingang der Ware beim Besteller. Ist nicht Lieferung "frei Werk" vereinbart, hat der Lieferant die Ware unter Berücksichtigung der üblichen Zeit für Verladung und Versand rechtzeitig bereitzustellen.

VII. Lieferverzug

1. Der Lieferant ist dem Besteller zum Ersatz des Verzugsschadens verpflichtet. Dies gilt nicht für entgangenen Gewinn und Schäden aus Betriebsunterbrechung.

2. Bei leichter Fahrlässigkeit beschränkt sich der Schadensersatz auf Frachtmehrkosten, Nachrüstkosten und Mehraufwendungen für Deckungskäufe.

3. Bei der Höhe des Schadensersatzes sind nach Treu und Glauben die wirtschaftlichen Gegebenheiten des Lieferanten, Art, Umfang und Dauer der Geschäftsverbindung sowie gegebenenfalls auch der Wert des Zulieferteils zugunsten des Lieferanten angemessen zu berücksichtigen.

VIII. Höhere Gewalt

Höhere Gewalt, Arbeitskämpfe, Unruhen, behördliche Maßnahmen und sonstige unabwendbare Ereignisse befreien die Vertragspartner für die Dauer der Störung und im Umfang ihrer Wirkung von den Leistungspflichten. Dies gilt auch, wenn diese Ereignisse zu einem Zeitpunkt eintreten, in dem sich der betroffene Vertragspartner in Verzug

befindet. Die Vertragspartner sind verpflichtet, im Rahmen des Zumutbaren unverzüglich die erforderlichen Informationen zu geben und ihre Verpflichtungen den veränderten Verhältnissen nach Treu und Glauben anzupassen.

IX. Qualität und Dokumentation

1. Der Lieferant hat für seine Lieferungen die anerkannten Regeln der Technik, die Sicherheitsvorschriften und die vereinbarten technischen Daten einzuhalten. Änderungen des Liefergegenstandes bedürfen der vorherigen schriftlichen Zustimmung des Bestellers.

   Für die Erstmusterprüfung ist die VDA-Schrift "Sicherung der Qualität von Lieferungen in der Automobilindustrie - Lieferantenbewertung, Erstmusterprüfung", Frankfurt am Main 1975, maßgebend. Unabhängig davon hat der Lieferant die Qualität der Liefergegenstände ständig zu überprüfen und den Besteller gegebenenfalls auf mögliche Verbesserungen hinzuweisen.

2. Sind Art und Umfang der Prüfungen sowie die Prüfmittel und -methoden zwischen dem Lieferanten und dem Besteller nicht fest vereinbart, ist der Besteller auf Verlangen des Lieferanten im Rahmen seiner Kenntnisse, Erfahrungen und Möglichkeiten bereit, die Prüfungen mit ihm zu erörtern, um den jeweils erforderlichen Stand der Prüftechnik zu ermitteln.

3. Bei den in den technischen Unterlagen oder durch gesonderte Vereinbarung besonders, zum Beispiel mit "D", gekennzeichneten Kfz-Teilen hat der Lieferant darüber hinaus in besonderen Aufzeichnungen festzuhalten, wann, in welcher Weise und durch wen die Liefergegenstände bezüglich der dokumentationspflichtigen Merkmale geprüft worden sind und welche Resultate die geforderten Qualitätstests ergeben haben. Die Prüfungsunterlagen

sind 10 Jahre aufzubewahren und dem Besteller bei Bedarf vorzulegen. Vorlieferanten hat der Lieferant im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten im gleichen Umfang zu verpflichten. Als Anleitung wird auf die VDA-Schrift "Dokumentationspflichtige Teile bei Automobilherstellern und deren Zulieferanten - Durchführung der Dokumentation", Frankfurt am Main 1973 hingewiesen.

4. Soweit Behörden, die für die Kraftfahrzeugsicherheit, Abgasbestimmungen o.ä. zuständig sind, zur Nachprüfung bestimmter Anforderungen Einblick in den Produktionsablauf und die Prüfungsunterlagen des Bestellers verlangen, erklärt sich der Lieferant auf Bitten des Bestellers bereit, ihnen in seinem Betrieb die gleichen Rechte einzuräumen und dabei jede zumutbare Unterstützung zu geben.

X. Gewährleistung

1. Bei Lieferung fehlerhafter Ware ist vor Beginn der Fertigung (Bearbeitung oder Einbau) zunächst dem Lieferanten Gelegenheit zum Aussortieren sowie Nachbessern oder Nachliefern zu geben, es sei denn, daß dies dem Besteller unzumutbar ist. Kann dies der Lieferant nicht durchführen oder kommt er dem nicht unverzüglich nach, so kann der Besteller insoweit vom Vertrag zurücktreten sowie die Ware auf Gefahr des Lieferanten zurückschicken und sich anderweitig eindecken. In dringenden Fällen kann er nach Abstimmung mit dem Lieferanten die Nachbesserung selbst vornehmen oder durch einen Dritten ausführen lassen. Hierdurch entstehende Kosten trägt der Lieferant.

Wird die gleiche Ware wiederholt fehlerhaft geliefert, so ist der Besteller nach schriftlicher Abmahnung bei erneut fehlerhafter Lieferung auch für den nicht erfüllten Lieferumfang zum Rücktritt berechtigt.

2. Wird der Fehler trotz Beachtung der Verpflichtung gemäß Abschnitt IV (Mängelanzeige) erst nach Beginn der Fertigung festgestellt, kann der Besteller - unabhängig von den vorstehenden Rechten - nur nach den bestehenden oder im Einzelfall gegebenenfalls - unter entsprechender Anwendung von Abschnitt VII Ziffer 3 - noch zu treffenden Vereinbarungen auch den Ersatz des Schadens verlangen, der ihm durch zusätzlichen Aufwand entstanden ist.

3. Dem Lieferanten sind die von ihm zu ersetzenden Teile auf Verlangen und auf seine Kosten vom Besteller unverzüglich zur Verfügung zu stellen.

4. Die Gewährleistung endet mit Ablauf von 12 Monaten seit Fahrzeugerstzulassung oder Ersatzteile-Einbau, spätestens jedoch nach Ablauf von 18 Monaten seit Lieferung an den Besteller. Dies gilt für Nutzfahrzeuge nur, soweit nichts anderes vereinbart ist.

   Für die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche verzichtet der Lieferant für die Dauer von 12 Monaten ab Ablauf der Gewährleistungsfrist auf die Einrede der Verjährung.

5. Gewährleistungsansprüche entstehen nicht, wenn der Fehler zurückzuführen ist auf Verletzung von Bedienungs-, Wartungs- und Einbauvorschriften, ungeeignete oder unsachgemäße Verwendung, fehlerhafte oder nachlässige Behandlung und natürlichen Verschleiß sowie vom Besteller oder Dritten vorgenommene Eingriffe in den Liefergegenstand.

6. Soweit im Vorstehenden nicht abweichend geregelt, richtet sich die Gewährleistung nach den gesetzlichen Vorschriften.

Zugesicherte Eigenschaften müssen ausdrücklich schriftlich im einzelnen als solche bezeichnet werden.

XI. Haftung

Soweit nicht an anderer Stelle dieser Bedingungen eine andere Haftungsregelung getroffen ist, ist der Lieferant nur wie folgt zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der dem Besteller unmittelbar oder mittelbar infolge einer fehlerhaften Lieferung, wegen Verletzung behördlicher Sicherheitsvorschriften oder aus irgendwelchen anderen, dem Lieferanten zuzurechnenden Rechtsgründen entsteht.

1. Die Schadensersatzpflicht ist grundsätzlich nur gegeben, wenn den Lieferanten ein Verschulden an dem von ihm verursachten Schaden trifft.

2. Wird der Besteller aufgrund verschuldensunabhängiger Haftung nach Dritten gegenüber nicht abdingbarem ausländischen Recht in Anspruch genommen, tritt der Lieferant gegenüber dem Besteller insoweit ein, wie er auch unmittelbar haften würde.

   Für den Schadensausgleich zwischen Besteller und Lieferant finden die Grundsätze des § 254 BGB entsprechende Anwendung. Dies gilt auch für den Fall einer direkten Inanspruchnahme des Lieferanten.

3. Die Ersatzpflicht ist ausgeschlossen, soweit der Besteller seinerseits die Haftung gegenüber seinem Abnehmer wirksam beschränkt hat. Dabei wird der Besteller bemüht sein, Haftungsbeschränkungen in rechtlich zulässigem Umfang auch zugunsten des Lieferanten zu vereinbaren.

4. Ansprüche des Bestellers sind soweit ausgeschlosen, wie der Schaden zurückzuführen ist auf dem Besteller zuzurechnende Verletzungen von Bedienungs-, Wartungs- und Einbauvorschriften, ungeeignete oder unsachgemäße Verwendung, fehlerhafte oder nachlässige Behandlung, natürlichen Verschleiß oder fehlerhafte Reparatur.

5. Für Maßnahmen des Bestellers zur Schadensabwehr (z.B. Rückrufaktion) haftet der Lieferant, soweit er rechtlich verpflichtet ist.

6. Der Besteller wird den Lieferanten, falls er diesen nach den vorstehenden Regelungen in Anspruch nehmen will, unverzüglich und umfassend informieren und konsultieren. Er hat dem Lieferanten Gelegenheit zur Untersuchung des Schadensfalls zu geben. Über die zu ergreifenden Maßnahmen, insbesondere bei Vergleichsverhandlungen, werden sich die Vertragspartner abstimmen.

7. Die in Abschnitt VII Ziffern 1 und 3 aufgestellten Grundsätze sind entsprechend anzuwenden, soweit keine oder keine ausreichende Versicherung des Lieferanten besteht.

XII. Schutzrechte

1. Der Lieferant haftet für Ansprüche, die sich bei vertragsgemäßer Verwendung der Liefergegenstände aus der Verletzung von Schutzrechten und Schutzrechtsanmeldungen (Schutzrechte) ergeben, von denen mindestens eines aus der Schutzrechtsfamilie entweder im Heimatland des Lieferanten, vom Europäischen Patentamt oder in einem der Staaten Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Großbritannien, Österreich oder USA veröffentlicht ist.

2. Er stellt den Besteller und seine Abnehmer von allen Ansprüchen aus der Benutzung solcher Schutzrechte frei.

3. Dies gilt nicht, soweit der Lieferant die Liefergegenstände nach vom Besteller übergebenen Zeichnungen, Modellen oder diesen gleichkommenden sonstigen Beschreibungen oder Angaben des Bestellers hergestellt hat und nicht weiß oder im Zusammenhang mit den von ihm entwickelten Erzeugnissen nicht wissen muß, daß dadurch Schutzrechte verletzt werden.

4. Soweit der Lieferant nach Ziffer 3 nicht haftet, stellt der Besteller ihn von allen Ansprüchen Dritter frei.

5. Die Vertragspartner verpflichten sich, sich unverzüglich von bekanntwerdenden Verletzungsrisiken und angeblichen Verletzungsfällen zu unterrichten und sich Gelegenheit zu geben, entsprechenden Ansprüchen einvernehmlich entgegenzuwirken.

6. Der Lieferant wird auf Anfrage des Bestellers die Benutzung von veröffentlichten und unveröffentlichten eigenen und von lizenzierten Schutzrechten und Schutzrechtsanmeldungen an dem Liefergegenstand mitteilen.

7. Die in Abschnitt VII Ziffern 1 und 3 enthaltenen Grundsätze zur Haftungsbegrenzung sind entsprechend anzuwenden.

XIII. Verwendung von Fertigungsmitteln und vertraulichen Angaben des Bestellers

Modelle, Matrizen, Schablonen, Muster, Werkzeuge und sonstige Fertigungsmittel, ebenso vertrauliche Angaben, die dem Lieferanten vom Besteller zur Verfügung gestellt oder von ihm voll bezahlt werden, dürfen nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung des Bestellers für Lieferungen an Dritte verwendet werden.

XIV. Eigentumsvorbehalt

Der Lieferant behält sich das Eigentum an sämtlichen von ihm gelieferten Waren bis zur restlosen Bezahlung vor; hierbei gelten alle Lieferungen als ein zusammenhängendes Liefergeschäft. Bei laufender Rechnung gilt das vorbehaltene Eigentum als Sicherung für seine Saldoforderung.

Werden die Waren von dem Besteller mit anderen Gegenständen zu einer einheitlichen Sache verbunden und ist die andere Sache als Hauptsache anzusehen, ist der Besteller verpflichtet, dem Lieferant anteilig Miteigentum zu übertragen, soweit die Hauptsache ihm gehört. Veräußert der Besteller die gelieferte Ware bestimmungsgemäß weiter, tritt er hiermit schon jetzt die aus der Veräußerung entstehenden Forderungen gegen seine Abnehmer mit allen Nebenrechten an den Lieferanten bis zur völligen Tilgung aller dessen Forderungen ab.

Aus begründetem Anlaß ist der Besteller auf Verlangen des Lieferanten verpflichtet, die Abtretung den Drittkäufern bekanntzugeben und dem Lieferanten die zur Geltendmachung seiner Rechte erforderlichen Auskünfte zu geben und Unterlagen auszuhändigen.

Der Lieferant wird die von ihm gehaltenen Sicherungen insoweit freigeben, als ihr Wert die zu sichernden Forderungen um mehr als insgesamt 20 % übersteigt.

XV. Allgemeine Bestimmungen

1. Stellt ein Vertragspartner seine Zahlungen ein oder wird das Konkursverfahren über sein Vermögen oder ein gerichtliches oder außergerichtliches Vergleichsverfahren beantragt, so ist der andere berechtigt, für den nicht erfüllten Teil vom Vertrag zurückzutreten.

2. Sollte eine Bestimmung dieser Bedingungen und der getroffenen weiteren Vereinbarungen unwirksam sein oder werden, so wird dadurch die Gültigkeit des Vertrages im übrigen nicht berührt. Die Vertragspartner sind verpflichtet, die unwirksame Bestimmung durch eine ihr im wirtschaftlichen Erfolg möglichst gleichkommende Regelung zu ersetzen.

3. Es gilt ausschließlich das Recht der Bundesrepublik Deutschland, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist.

   Die Anwendung der einheitlichen Kaufgesetze im Haager Kaufrechtsübereinkommen ist ausgeschlossen.

4. Erfüllungsort ist der Sitz des Bestellers. Für die Lieferung kann etwas anderes vereinbart werden.

5. Gerichtsstand ist der Sitz des Klägers oder ein anderes zuständiges Gericht.

LEBENSLAUF

Am 23. April 1943 wurde ich als zweites Kind des Arztes Dr. med. Joachim-Friedrich Hanisch und seiner Ehefrau Hilda geb. Brandt in Berlin geboren.

Die Volksschule besuchte ich von 1949 bis 1953 in Neckarmühlbach/Baden und Heilbronn/Neckar. 1953 trat ich in das Theodor-Heuß-Gymnasium in Heilbronn ein, an dem ich am 9. März 1963 mein Abitur ablegte. Von August 1960 bis August 1961 lebte ich als Stipendiat des American Field Service in Selma/Alabama; den dortigen Schulbesuch schloß ich am 5. Juni 1961 mit dem highschool-diploma ab.

Vom 1. April 1963 bis zum 31. März 1965 diente ich bei der Bundeswehr.

Im Sommersemester 1965 begann ich an der Philipps-Universität Marburg mein juristisches Studium, das ich dort mit der ersten juristischen Staatsprüfung am 19.3.1970 abschloß. Nach einer kurzen Tätigkeit als Tutor begann ich am 1. Oktober 1970 als Gerichtsreferendar den Vorbereitungsdienst des Landes Hessen. Von November 1972 bis November 1973 studierte ich als Stipendiat des Deutschen Akademischen Austauschdienstes an der Ecole Nationale d'Administration in Paris und der Präfektur des Departements Aude in Carcassonne. Die zweite juristische Staatsprüfung schloß ich am 19. September 1974 in Wiesbaden ab.

Im Februar 1975 wurde ich als Rechtsanwalt beim Amtsgericht und beim Landgericht Ulm und 1980 beim Oberlandesgericht Stuttgart zugelassen. Seit Januar 1976 bin ich Syndikus der Wieland-Werke AG in Ulm.